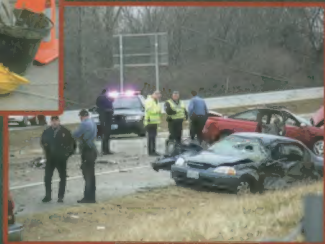


التعويض العيني

لجبر ضرر المضرور

دراسة مقارنة



الدكتور

محمود عبد الرحيم الديب

استاذ القانون المدني

جامعة الأزهر



دار الجامعة الجديدة



دار الجامعة الجديدة للنشر

٢٨ شارع سوتير - الأريطة الإلكترونية : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٨٦٨٠٩٩ :

E-mail : darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

التعويض العيني

لجبر ضرر المضرور

دراسة مقارنة

الأستاذ الدكتور

محمود عبد الرحيم الديب

أستاذ القانون المدني

بجامعة الأزهر

2013



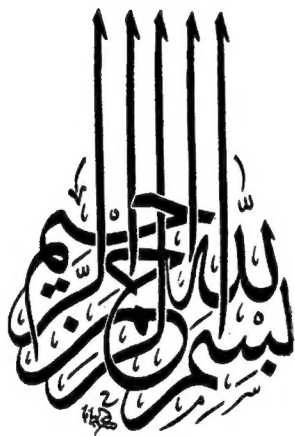
دار الجامعة الجديدة

٣٨-٤٠ ش سوتير - الأزاريطة - الإسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ فاكس: ٤٨٥١١٤٣ تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

E-mail: darelgamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com



مُقَدِّمَةٌ

الحمد لله رب العالمين، الذى هدانا إلى الحق وإلى طريقه
المستقيم، وأصلى وأسلم على أشرف الخلق وحبيب الحق، سيدنا
محمد الصادق الوعد الأمين، ورحمة الله للناس أجمعين، وعلى آله
وأصحابه وأتباعه ومن سار على نهجه إلى يوم الدين، وسلم تسليما
كثيرا يا رب العالمين.

وبعد ،

فإن الإنسان يعيش فى هذه الحياة وسط بين أقرانه من البشر،
حيث يصعب على الفرد أن يستقل بحياته بعيدا عن المجتمع الذى
يعيش فيه، ولذا فإن الإنسان اجتماعي بطبعه، يختلط بغيره، ويتعامل
معه، وهو فى هذا التعامل قد يحيد عن جادة الصواب، مما يسبب
ضررا للآخرين معه، قد تقوم معه مسئوليته تجاه من سبب له هذا
الضرر. غير أن هذا الحياد لم يكن مطلقا من ضوابط تحده، وحنود
تقيده، وإلا لادعى كل إنسان خطأ غيره، ولهذا جاء القانون منظما
لعلاقات الأفراد وتعاملاتهم فيما بينهم. ووضح أن الخروج على
قواعده يستوجب المسؤولية. وأضحى ذلك هدفا هاما من أهداف
القانون، مما جعل المسؤولية - فى القانون - تتمتع بأهمية خاصة،
جعلت لها مكانا متميزا فى عالم القانون، نظرا لما تتميز به من
تطور وتقدم فى أحكامها، والذى يتفق مع تطور المجتمع وتقدمه،
ويتماشى مع ما يسود فكرة المسؤولية من أفكار وآراء.

بيد أن هذه المسؤولية تنتوع فى ظل القانون المعاصر إلى
نوعين: مدنية وجنائية، وتتكفل الثانية بحماية المجتمع من أى خروج
عليه، وهو ما يطلق عليه القانون وصف الجريمة. بينما تتمتع

الأولى بأهمية باللغة فى حمليّة العلاقات الماليّة بين الأفراد، هذه العلاقات المتشعبة والمتنوعة إلى درجة للقول بأنّها لا حدود لها، ذلك أن موضوعات المسؤولية المدنيّة متعدّدة ومتنوعة، عكس المسؤولية الجنائيّة والتي تعتمد أساساً على قاعدة أنه « لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص »^(١). ومن هنا فإنّه يمكن القول بأنّ المسؤولية المدنيّة مهما حظيت بالبحث والاهتمام فإن الحاجة إلى تلمس ما يطرأ عليها من أفكار وتطور يبدو أمراً ملحاً^(٢)، أيا كان النطاق الذى تظهر فيه، سواء تعلق الأمر بأسبابها أم بأركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية لم يأتأرها.

ويمكن القول بأنّ المسؤولية المدنيّة بوجه عام ما هي إلا التزام بجبر ضرر المضرور المترتب على الإخلال بالتزام سابق، هذا الالتزام قد ينشأ عن عقد، وقد ينشأ عن قانون، ولهذا فإنّ المسؤولية المدنيّة نفسها قد تكون عقديّة، وقد تكون غير عقديّة أو ما يطلق عليها « تقصيرية » وهذه الأخيرة هي التي نعى بها الإخلال بالتزام قانوني، هو واجب الحيطة والحذر، حتى لا يكون هناك

(١) د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م، ص ٣٧٠، د. أنور سلطان، الموجز فى مصادر الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ٣٠٦، د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزام، الدار للجامعة، ١٩٨٧، ص ٣٤٢، د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م، ص ٣١١.

(٢) انظر: د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسؤولية المدنيّة، ج ١، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٧٨، ف ١، ص ١ حيث ينكر سيّدته: « لعلّ المسؤولية المدنيّة فى الوقت الحاضر، هي مهد مشكلات لقانون المدني، ولا زال الخلاف يستمر لولاه فى أمهات مسائل المسؤولية المدنيّة، وظلت تبعاً لهذا، مجالاً واسعاً للاجتهاد، بغية حسم النزاع فيها بالوصول إلى حلول مرضية ».

ضرر بالآخرين، وإلا ترتب على ذلك مسئولية قوامها تعويض المضرور.^(١)

وبناء عليه فإن تعويض الضرر له أهمية قصوى من الناحيتين النظرية والعملية، فهو الهدف النهائي من بحث المسئولية ودراستها، وهو ما يبغي المتضرر الوصول إليه في دعوى المسئولية، ويسعى المسئول إلى استبعاده، ولهذا فإن المسائل التي يثيرها موضوع التعويض تبعد أساسا عن مشكلات المسئولية، من حيث أساسها وفلسفتها. إذ يأتي التعويض في مرحلة لاحقة لقيام المسئولية والانتهاء من تقريرها.

إلا أن التعويض يثير كثيرا من المسائل والموضوعات الهامة، تأتي في مقدمتها طرق التعويض، وخاصة التعويض العيني، والذي لم يفصل فيه القول تفصيلا من جانب المشرعين أو الفقهاء وحتى أحكام المحاكم لم تضع لنا حلولا مستقيمة لفكرة التعويض العيني، وكل ما ورد فيه من النصوص القانونية أنه أحد طرق التعويض والتي عدها بعض الفقهاء طريقان^(٢) بينما عدها آخرون ثلاثة^(٣).

(١) د. محمد حسين عبدالعال، تقدير التعويض عن الضرر المتغير، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠م، ص ٥، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، ط ١، ١٩٩٩م، دار النهضة العربية، ص ٤٩٩.

(٢) عبد الوود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ٤٩٧، د. محمود عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، ج ٢، ط ٢، دار النهضة العربية، ص ١١٣، د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج ٢، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٦٧، ص ١٠٨.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، آثار الالتزام، نادي القضاة، دار النهضة العربية، ١٩٨٢، ف ٤٧١، ص ١١٠٦. د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٩٣، د. جلال العلوي، ..

وإذا كان التعويض العيني مألوفاً من جهة وروده في لغة الفقه، فهذا لا يعني أن له معنى دقيقاً يعرف به. ذلك أن التعويض العيني - كما يبدو - أوجها شتى وتحليل ما ورد بصدد عند الفقهاء والذي يدل على وجود اختلاف حول منلوله.

ولصعوبة الموضوعية والمنهجية وجد الرافضون في دراسة التعويض العيني سبباً مضافاً، ودعماً لحجتهم القائلة أن الوسيلة الوحيدة لتعويض المتضرر هي الحكم له بمبلغ من المال النقدي، وأن محو الضرر ضرب من الخيال والرفاهية الفكرية غير الجدية . وتجد مثل هذه الحجج وغيرها قبولاً هنا وهناك، ومما يساعد على ذلك موقف البعض من الزمان على أساس أن الماضي لا ينمحي.

ولا يقتصر أهمية التعويض العيني على الجدل الفقهي، بل إن المشرع في غالبية الأنظمة القانونية جعله في صياغة الإطار العام لأحكام التعويض، فظل التعويض العيني حبيس الصياغة العامة^(١)، وترك الحكم فيه للقاضي وفقاً لسلطته التقديرية، دون تحديد تفصيلي ودقيق للعناصر المختلفة التي يتعين على القاضي مراعاتها. وحسنا فعل المشرع المصري عندما نص على التعويض العيني في فصل العمل غير المشروع تحت عنوان « المسؤولية عن الأعمال الشخصية »، وتبعه في ذلك معظم التشريعات العربية . بينما نص

^(١) - أصول الالتزام، منشأة المعارف، ١٩٩٧، ص ٤٨٧، د. أنور سلطان، المرجع السابق ص ٣٧٩، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٤٨٢، المستشار أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل، ج ١، ١٩٨٣، ص ٥٣٧.

^(١) انظر المادة ٢/١٧١ من قانون مصري ويقابلها: م ٢/٢٠٩ من قانون عراقي، م ١٧٢ من قانون سوري، م ١٧٤ من قانون ليبي، م ١٣٦ موجبات لبناني، م ٢/٢١٥ من قانون قطري.

عليه القانون المدني العراقي في أحكام الالتزام، وباعتباره أثر من أثار الالتزام وهو ما كان محل نقد بعض الفقهاء^(١).

ولما كان التعويض العيني بهذه الصورة، كان مجال البحث فيه أمرا صعبا لما يثيره من كثير من المشكلات، لعل أبرزها الوقوف على ماهية التعويض العيني، وخاصة أن البعض من الفقهاء قد استخدم هذا المصطلح كبديل لمصطلح التنفيذ العيني واعتبرهما مترادفان^(٢) ولذا تبرز أهمية بيان حقيقة التعويض العيني وتمييزه عما يشبهه به من أفكار قانونية مشابهة، كما يثير التعويض العيني فكرة مجاله، أو نطاق إعماله، وهل يمكن إيجاده في كل من المسؤولية العقدية والتنقصيرية على حد سواء، كما تثير أنواع التعويض العيني شغفا قانونيا للوقوف عليها، وهل هو فقط تعويض مادي، أم يتصور أيضاً كتعويض معنوي، وهو ما يطلق عليه فكرة إصلاح الضرر الأدبي عينا، ولعل الجانب العملي في تصور التعويض العيني يسوقنا إلى معرفة مدى سلطة القاضي إزاءه، وهل له سلطة تقديرية أم مقيد بشأنه ببعض القيود.

تلك هي مشكلات التعويض العيني باعتباره وسيلة لجبر ضرر المضرور في المسؤولية المدنية، وهي ما حاولت جاهدا أن أناقشها من خلال هذا البحث لأصل فيها إلى اجتهادات فقهية، لا أدعى فيها سبقا بقدر ما حاولت الوصول إليها جاهدا من خلال نظرة عامة في

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح قانون المدني العراقي، ج ٢، أحكام الالتزام، ط ١٩٧٧، ص ١٤، هامش (٨).

(٢) د. المنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨١، ف ٦٤٣، ص ١٣٥٣، حيث يقول سيادته: « التعويض العيني أو التنفيذ العيني »، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق ص ٣٩٣.

القواعد العامة التي ساقها المشرع والفقهاء، مستعينا بأحكام القضاء كلما كان ذلك ممكنا، لعل أصل في نهاية هذا البحث السريع إلى وضع لبنة في هذه الفكرة، معترفا - بداية - أن الموضوع في حاجة إلى بحث متأن، للوصول إلى أفكار أكثر عمقا، وحلول أكثر اتساقا مع تطور الفكرة في حد ذاتها في النطاق القانوني - نظريا كان أو عمليا - .

ولهذا فلتنى سوف أتناول هذا الموضوع في أربعة مباحث متتالية، أخصص الأول منها في بيان ماهية التعويض العيني، على أن أناقش في المبحث الثاني أنواعه، وأخصص الثالث لنطاقه، خاتما مباحث هذا الموضوع بسلطة للقاضي إزاءه، مستعرضا أخيرا أهم النتائج التي توصلت إليها في خاتمة البحث، مؤكدا أن التعويض العيني هو التعويض غير النقدي الذي يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر أو مادته مباشرة، بمعنى إزالة الضرر أو المخالفة عينا أو منع استمرار ذلك مستقبلا، وفي هذا الصدد فإنني أتقدم باقتراح أن يتبنى المشرع الوضعي موقفا تشريعا يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض عموما، والعيني منه خصوصا، كما سيتضح ذلك في موضعه، وذلك كله مستعينا بالله ثم بما أتيح لي من مراجع عامة أو متخصصة، داعيا للمولى ﷻ أن يوفقني ويسدد خطاي ويلهمني الرشد في القول والعمل. فإن وقتت فبفضل من الله وحده، وسأسجد له شاكرا، وإن كانت الأخرى فسوف أسجد لعظمته - مستغفرا، وعذري أنني بشر أخطئ وأصيب، والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.



ملخص

تتمتع المسؤولية المدنية بأهمية خاصة تجعل لها مكانا متميزا مرموقا في عالم القانون، نظرا لما تتميز به من تطور وتقدم في أحكامها بما يتفق وتطور المجتمع وتقدمه، ويتمشى مع ما يسوده من أفكار وأنشطة، ولهذا تكثر للكتابات والأبحاث وتتعدد في هذا المجال الرحب الفسيح . ويلاحظ أن موضوعات المسؤولية المدنية متعددة ومتنوعة، ومهما حظيت بالبحث والاهتمام تبقى الحاجة إلى تلمس ما يطرأ عليها من تطور أيا كان النطاق الذي يظهر فيه، سواء تعلق بأسباب قيامها أو بآثارها.

إذ يظل موضوع التعويض بحاجة للدراسة لما له من أهمية عملية، فهو الهدف النهائي من بحث المسؤولية ودراساتها، وهو ما يبغي المتضرر الوصول إليه بكل ممكن في دعوى المسؤولية، كما يسعى المسؤول إلى استبعاده كذلك بكل ممكن . لذا فإن المسائل التي يثيرها موضوع التعويض تبعد عن مشكلات المسؤولية ذاتها، من حيث أساسها وفلسفتها - كما أوضحت في المقدمة - إذ يأتي التعويض في مرحلة لاحقة لقيام المسؤولية والانتفاء من تقريرها.

ويثير التعويض عن المسؤولية المدنية كثيرا من المسائل والموضوعات، لعل في مقدمتها طرق التعويض، وخاصة التعويض العيني - وهو محل دراستنا- حيث لاحظنا أن مشكلة هذا النوع من التعويض لا تزال قائمة دون أن يفصل فيها القول تفصيلا. لذا تبدو الحاجة ملحة إلى معرفة حقيقته، وتمييزه عما يشبهه به، وبيان أنواعه وما إذا كان ماديا فقط أم أنه من المتصور أيضاً أن يكون معنويا، كما تبدو الحاجة ملحة إلى تلمس النطاق الذي يعمل فيه هذا التعويض العيني، وهل يجد مجالا رحبا في ظل المسؤولية العقدية أم

أنه يقف على مسافات متساوية مع المسؤولية التقصيرية كذلك. وأخيرا هل يستبد القاضي عند التطبيق باتخاذ ما يراه مناسب وذلك في حدود سلطته التقديرية، فله أن يحكم بالتعويض العيني وقت ما شاء وكيف ما شاء ؟ أم أن سلطته التقديرية في ذلك مقيدة بقيود لا بد من مراعاتها عندما يريد القاضي أن يحكم به. سواء تمتثلت هذه القيود في طلب المضرور، أو عرض المسئول، أو اتفاق الطرفين معا على طريقة معينة للتعويض.

ولعل الجانِب الأكثر حيوية واتسجاما في هذه الدراسة إنما يكمن في الاعتبارات العملية التي تملئ القبول أو الرفض من الفقه والقضاء للتعويض العيني، ولماذا يكون معلنا في بعض الحالات دون البعض الآخر، وما هو التفسير القضائي أو الاجتماعي للحكم بالتعويض العيني، وما هي أهداف هذا الحكم؟ كل هذا جعلنا نتبنى منهجا متوازنا نتعرف فيه على الحلول الأكثر انساقا مع الواقع من خلال وضع تصورات مقارنة دون اغفال للجوانب العملية في هذا الشأن ويتضح ذلك جليا من خلال منهجنا في البحث والدراسة لموضوع التعويض العيني كما سنرى في المباحث التالية.



المبحث الأول

ماهية التعويض العيني

تمهيد وتقسيم:-

تتحقق المسؤولية المدنية بتوافر أركانها الثلاثة، خطأ وضرر وعلاقة السببية، وعند توافرها - على هذا النحو - يكون من حق المضرور أن يطالب المسئول بتعويضه عن هذا الضرر، وهذا متصور - غالبا - في المسؤولية التقصيرية، إلا أن الدائن في المسؤولية العقدية له أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه عينا، أى تنفيذ عين ما التزم به المدين، وهذا هو الأصل^(١)، كما أن الأصل أيضا أن ينفذ المدين التزامه اختيارا دون إجبار، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه اختيارا أجبر على هذا التنفيذ^(٢). فإذا كان هذا التنفيذ العيني غير ممكن - اختيارا أو جبرا - أو كان مرهقا للمدين بدرجة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر، أو اتفق الدائن مع المدين على عدم التنفيذ العيني صراحة أو ضمنا، تحول التزام المدين إلى التنفيذ بمقابل أو بطريق التعويض وبشرط عدم إلحاق ضرر جسيم بالدائن^(٣). ومن هنا نجد أن المسؤولية التقصيرية تلتقى مع المسؤولية العقدية في ضرورة تعويض المضرور عما أصابه من ضرر، وذلك في مرحلة لاحقة للمسؤولية العقدية، بيد أن هذا التعويض قد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٥٠٦، وانظر: نقض مدني جلسة ١٩٨٦/٦/٣ (طعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٣) منشور بمجلة القضاة لسنة ٢١ العدد الأول ١٩٨٨.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، للمرجع السابق، ص ٥٠٦.

(٣) نقض مدني في جلسة ١٩٨٧/١٢/١٨ (طعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق) نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٢/١ (طعن رقم ٣٠٧ لسنة ٣١ ق) د. السنهوري، الوسيط أثار الالتزام، المرجع السابق، ف ٤٦٠، ص ١٠٧٨.

يكون مبلغا مقدرا من المال، سواء تم الاتفاق عليه مسبقا بين طرفي العقد، وهو ما يعرف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، أو قام للقاضي بتقديره عند منازعة الأطراف بشأنه، وهو ما يسمى بالتعويض القضائي، أو تم تقديره بنص قانوني وهو ما يسمى بالتعويض القانوني أو للفوائد القانونية.

وإذا كان هذا هو الغالب، بحيث إذا طلبه المضرور فليس للقاضي أن يحكم بغيره ولو عارض للمسئول ذلك، إذ أن النص^(١) صريح في أن الحكم بتعويض غير نقدي إنما يجوز إذا ما طالب به المضرور، بل يرى البعض^(٢) أن الفقرة الثانية من نص المادة ١٧١ مدني تعتبر حكما عاما، ذلك أن التعويض النقدي يتميز بالبساطة، كما أن صدور الحكم به كفيلا بحل النزاع، وهو الأسهل في التنفيذ. ومع ذلك فإن للقاضي - تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور - أن يأمر بالتعويض العيني مما أثار لبسا بين الفقهاء حول مضمون التعويض العيني، وهل يختلف في مضمونه عن هذا التعويض النقدي، وإذا كان الأمر في النهاية هو تعويض المضرور، فهل يعتبر ذلك تنفيذ عيني، أم أنه في كل الأحوال تنفيذ بمقابل، باعتبار هذا الأخير يشمل إصلاح للضرر بطريقة غير نقدية مما يؤدي في نهاية الأمر إلى إزالة آثار الضرر. كل هذا يدعونا إلى أن

(١) تنص المادة ١٧١/٢ على أنه « ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض ».

(٢) راجع المستشار / أحمد حسن الحمادي، الحق في التعويض ومدى انتقاله إلى الخلف العام، مطبعة دار الثقافة بقطر، ١٩٩٥، ص ٢٣٩، د. إسماعيل غلتم، المرجع السابق، ص ١١٠.

نبين حقيقة التعويض العيني، وتمييزه عما يشته به من أفكار قانونية قد تختلط به، ليستقيم لنا المعنى ونحدد له قواعده وأحكامه، وهذا ما يجعلنا نعالج هذا المبحث في المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول

تعريف التعويض العيني

يعرف التعويض العيني « La Reparation en Nature » بأنه الحكم بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل أن يرتكب المسئول الخطأ الذي أدى إلى وقوع الضرر، وهو بهذا المعنى يعد أفضل من التعويض النقدي^(١)، وذلك أنه يؤدي إلى إزالة الضرر ومحوه، بدلا من بقاء الضرر على حاله وإعطاء المتضرر مبلغا من المال عوضا عنه، كما هو الحال في التعويض النقدي، وبعبارة أخرى فإنه يحقق للمضرور ترضية من جنس ما أصابه من ضرر، وذلك بطريقة مباشرة، أي من غير الحكم له بمبلغ من النقود، بهدف إزالة الضرر عينا، أي إزالة المخالفة.^(٢)

(١) انظر عكس ذلك. د. إسماعيل الغانم، المرجع السابق، ص ١١٠، حيث يرى سيادته أن التعويض النقدي يتميز ببساطته، وصنوع الحكم به كفيلا بحسم النزاع، بعكس الحكم بتعويض عيني فقد يكون في بعض الأحوال سببا لمنازعات جديدة.

(٢) راجع في هذا التعريف: د. السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ٦٤٣، ص ١٣٥٤، د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، ج ٢، ط ٥، ف ١٨٩، ص ٥٢٧، د. جلال الحدي، المرجع السابق، ص ٤٨٧، وانظر أيضاً: د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦، ص ٨١٨، حيث يرى سيادته أنه « إذا كان الأصل هو التنفيذ العيني في مجال المسؤولية العقابية، فإن الأنسب في مجال المسؤولية التصديرية هو التعويض النقدي حيث تتفق وطبيعة الضرر ويفضله المضرور عادة ».

ويرى بعض الشراح أن إزالة المخالفة لا تعنى التعويض العيني، وإنما هي إصلاح للشئ التالف، لأن القاضى لا يعوض وإنما يحكم بإزالة المخالفة، مثل توقف المناقصة غير المشروعة أو توقف الاستعمال غير القانونى لأسماء الآخرين وألقابهم. كما أن النظر بدقة فى تعريف التعويض العيني يفيد أن محوره التعويض، لذا من الخطأ الاعتقاد بوجود التعويض العيني المتمثل فى محو الضرر عندما يتم إعادة الحال إلى ما كانت عليه، وأن الوسيلة الوحيدة لتعويض الضرر هي الحكم للمتضرر بمبلغ من النقود، وكل ما يمكن الحكم به فضلا عن التعويض النقدي هو الحيلولة دون وقوع الضرر مستقبلا وليس محوه، ولهذا فإن لفظ التعويض العيني فى حالة إزالة الضرر يكون غير دقيق^(١) فالتعويض إما نقديا وإما غير نقدي، وهذا الأخير يمكن أن يكون تعويضا عينيا.

وإذا كان التعويض العيني يعنى محو الضرر بإعادة الأشياء إلى ما قبل وقوع الضرر، فإن هذا التعريف قابل بانقادات كثيرة إلى حد إنكار وجوده، وذلك من خلال اتجاهين، الأول: يرفض المصطلح والثاني: يرفض المضمون^(٢)، حيث يرى الاتجاه الأول أن إزالة المخالفة لا تعنى التعويض العيني، وإنما هو إصلاح للشئ

(١) راجع : د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ص ١٠٨، هامش (٢)، وقد ذهب الفقيه لفرنتسى (Ripent) إلى إكثار فكرة التعويض العيني وقصر التعويض على المبلغ من النقود (يرى فى تعويض الضرر فى المسؤولية التقصيرية، مشار إليه فى الحق فى التعويض للمستشار / أحمد الحمادى، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

(٢) راجع فى ذلك : التعويض العيني، دراسة مقارنة، رسالة تقدم بها / نصير صبار لفته، إلى مجلس كلية الحقوق، جامعة النهريين لنيل درجة الماجستير فى القانون، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م، ص ٢٠ وما بعدها.

التألف؛ لأن القاضي لا يحكم بالتعويض وإنما يحكم بإزالة المخالفة، مثل توقف المنافسة غير المشروعة، بخلاف التعويض العيني الذي يعتبر ملائماً جداً لوصف التدابير التي ترقى لمنع تحقق الضرر. بينما يتطور الرأي الآخر في أن التعويض هو الحكم بمبلغ من النقود، أما سوى هذا الطراز من التعويض فيمثل الحكم باحترام الحق. ففعل الاعتداء على الحق إما أن يمس به ضرر وإما أن يخالفه . ومعالجة الضرر تعويض، أما احترام الحق فهو إجراء لحماية هذا الحق . وعلى ذلك فإن طلب المدعى الحكم له بالتدابير الخاصة بحماية حقه الشخصي لا يعد تعويضاً عينياً، كما هو الحال بالنسبة للتدابير الخاصة بحماية الشخص من المنافسة غير المشروعة.

ونحن بدورنا لا نتفق مع هذا الاتجاه أو ذاك، فالحكم بإزالة المخالفة - وفقاً للاتجاه الأول - لا يعني سوى التعويض العيني، أي إزالة عين ما تمت المخالفة فيه، وهل يريد المضرور أن يصل إلى أكثر من ذلك . كما أن فكرة احترام الحق - وفقاً للاتجاه الثاني - ليست ببعيدة عن المسؤولية، ولا يمكن تحقيقها بإجراءات إلا من خلال قيام المسؤولية، فهي وحدها التي يعني بها للقول باحترام الحقوق، ولا يعني التعويض العيني سوى ذلك.

والحقيقة أن كلا من التعويض العيني والنقدي لا يتنافى أحدهما مع الآخر، بل إنهما يتكاملان، سواء كان التعويض العيني لا يصلح إلا جزء من الضرر، أم كان لا يستطيع - لقوة الأشياء - تغطية الضرر المصلح سابقاً بالماضي فقط، ذلك أن المتضرر يتطلع وقبل كل شيء إلى إزالة الضرر، على الرغم من الافتراض بأنه لا يمكن محو الماضي، لذا فإن الأصل في التعويض عن الضرر يكون

بطلب تخصيص مبلغ من النقود، أما إزالة الضرر فيكون بطلب
فرعى ضمن هذا الطلب. (١)

بيد أن إزالة المخالفة ومحو الضرر هي الصورة المثلى
للتعويض العيني لدى الفقه والقضاء (٢) فإذا كان المدين قد تعهد بعدم
البناء في أرضه، وخالف هذا التعهد، جاز للقاضي أن يحكم - بناء
على طلب الدائن - بإزالة البناء للمخالف كتعويض عيني، وإذا تلف
الشئ المودع بإهمال المودع لديه، جاز للقاضي أن يحكم عليه
بإصلاح التلف الذي لحق بهذا الشئ، مما يرفع الضرر عن المودع،
وإذا كان محل الالتزام تسليم شئ مثلى هلك بخطأ المدين، جاز
للقاضي أن يحكم بتسليم الدائن - بناء على طلبه - شئنا مماثلاً، وما
هذا إلا تطبيق لفكرة إزالة المخالفة ومحو الضرر بصورة عينية، بل
إن البعض قد اعتبر أن التعويض العيني يعد أفضل طرق التعويض،
معلا ذلك بأنه يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً، وذلك بإعادة
الحالة إلى ما كانت عليه، ولذا فإن القاضي ملزم بالحكم بالتعويض
العيني إذا كان ممكناً وطلبه الدائن، أو تقدم به المدين، وهو يكون
كذلك بالنسبة للالتزامات العقدية، أما بالنسبة للمسئولية التقصيرية
فيتصور الحكم بالتعويض العيني في بعض الحالات، كالحكم بهدم

(١) د. طلبة وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون -

دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٨٣، ص ٦٦.

(٢) د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١١٣، د. جلال العلوي،

المرجع السابق، ص ٤٨٨، نقض مننى جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ (مجموعة

أحكام النقض س ٢٨ ص ١١٥٨) حيث ألزمت المحكمة في هذا الحكم

بإزالة المخالفة التي وقعت، ويرى د. عبد المجيد الحكيم أن التعويض

العيني بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر هي الطريقة

المثلى للتعويض (الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج ١، مصادر

الالتزام، ط ٥، ص ٤٧٧).

الحائظ المقام بقصد منع الهواء وحجب الضوء عن عقار الجار (١) - معنى ذلك أن إزالة المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ ما هو إلا تعويض عيني - متى كان ذلك ممكناً - باعتباره قد ساهم في محو ضرر المتضرر، بالرغم من صعوبة الرجوع إلى الماضي، بل إن للعمل على منع استمرار الضرر مستقبلاً يعد نوعاً من أنواع التعويض العيني، فهذه الجدار في المثال السابق - يزيل الضرر ويمنع من استمراره مستقبلاً. (٢)

ولعل ما أورده القانون الفرنسي خير دليل على هذا المفهوم، حيث نصف المادة ١١٤٢ من القانون المدني الفرنسي على أن "كل التزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل يؤدي إلى التعويض في حالة عدم تنفيذ الالتزام من المدين". (٣) ويستنتج من هذا النص أن المشرع الفرنسي لم يستبعد إلا الإكراه الشخصي، لكونه يتنافى مع العرف والعادة الأخلاقية، وهو بذلك لم يستبعد أى أسلوب آخر للتعويض، إذ ليس ثمة ما يدعو لرفض فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي. وسار على هذا المنهج القضاء الفرنسي، إذ تبنت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه، حيث قررت أنه "يجب أن ينقض القرار الذي حكم على إحدى شركات النقل للقطار بون أن تأخذ محكمة الموضوع بنظر

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٧٩، المستشار / أحمد الحمادي، المرجع السابق، ص ٢٤٨.

(٢) د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٥٢٧ وما بعدها، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ف ١١، ص ٥٠ وما بعدها، د. إبراهيم النسوقى أبو الليل، التقدير القضائي للتعويض، بحث منشور بمجلة لمحامي الكويتية، السنة ٨، العدد الثاني، ١٩٨٥، ص ٧١ وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك تفصيلاً: نصير صبار لفته، المرجع السابق، ص ٣٣ وما بعدها.

الاعتبار ما عرضته الشركة من نوع التعويض بأن تعمل بنفسها على تعويض الأضرار باصلاح الأثاث المتضرر من خلال عملية النقل".

وبهذا يتضح أن فكرة إزالة المخالفة وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ، ما هو إلا تعويض عيني، في ظل القوانين المقارنة، متى كان ذلك ممكناً، باعتباره قد ساهم في محو الضرر بالرغم من صعوبة الرجوع إلى الماضي _ كما ذكرت آنفاً _ . بل إن التعويض العيني يكون في حالات كثيرة أصلح لجبر الضرر الذي لحق بالمضروب، وذلك بمحو الضرر أو بمنع استمراره مستقبلاً، فمثلاً : يعد محو الضرر تعويض عينيًا مثل الحكم برفع رهن قيد على عقار خلال مدة الوعد ببيعه، وذلك اضراً بالموعد له بشرائه. كما أن منع استمرار الضرر مستقبلاً يعد أيضاً تعويضاً عينيًا كالحكم بهدم بناء أو إعادته على ما كان عليه . على أن ذلك كله مرهون ببقائه ممكناً، إذ يتعين عند استحالة إلى الاكتفاء بالتعويض النقدي.

ويبدو أن التعويض العيني بهذا المعنى هو المتعارف عليه لدى فقهاء المسلمين. ذلك أن التعويض في الفقه الإسلامي يتسم بفكرة موضوعية، أساسها تعويض المال بعوض يساويه لا يقل ولا يزيد، كما يتسم العيني منه - تحديداً - بأنه قائم على أساس إزالة الضرر، وهو ما يعرف في الفقه الإسلامي بالضمان « أى التعويض »^(١). وإذا كان التعويض العيني بهذا المعنى في الفقه الإسلامي، إلا أن له صوراً متعددة، يجدر بنا الوقوف سريعاً على أهمها، كالغصب

(١) د. على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، ١٩٩٧، ص ٦، د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، مكتبة دار التراث، ١٩٨٦، ص ١٥٩.

والإتلاف والتعسف في استعمال الحق. حيث عدَّ الفقهاء الضمان في هذه الحالات باعتباره جزءاً من دنيا خالصاً، القصد منه مجرد جبر الضرر وإزالة المخالفة، بعيداً عن معنى العقوبة^(١) وهو ما يعنى المراد من مصطلح « المسؤولية المدنية » في اللغة الحديث^(٢)، حيث استدل الفقهاء على قاعدة الغصب والإتلاف بأدلة كثيرة منها: قول الحق ﷻ: ﴿ مَن آغَتْكَ عَلَىٰ كَيْفٍ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ يَمِثْلُ مَا آغَتْكَ عَلَيْكُمْ ﴾^(٣) وهو أمر بالعدل حتى مع المشركين^(٤) وهو عين للتعويض العيني الذي هو جبر الضرر وإزالة المخالفة بالكلية، وذلك لحكم اختصاص الآية بمورد القصاص، بل نعم باطلاقها وعمومها الجنايات البشرية والمالية المختلفة، ولأن جزء الاعتداء قد يكون مقاصدة وقد يكون تضميناً، ويحلل العلامة ابن قيم الجوزية^(٥) وجه تضمين المال إتلاف نظيره بقوله " لأن المتلف ماله إذا أخذ نظيره لم يفت عليه شيء وانتفع بما أخذه عوض ماله، فإذا أمكنه من اتلافه كان زيادة في إضاعة المال، وما يرد من التشفي وإذابة الجاني ألم الاتلاف فحاصل بالغرم غالباً " . وأما التعبير بالاعتداء عن المقاصدة أو الضمان فلمشاكلة، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ عَاقِبَتُ فَعَاظِبُوا يَمِثْلُ مَا

(١) د. محمد إبراهيم السوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية بالإسكندرية، ١٩٧٢، ص ٧٢.

(٢) د. محمود شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة، ط ١٤، دار الشروق بالقاهرة ١٩٩٧، ص ٣٩٢.

(٣) آية ١٩٤ من سورة البقرة.

(٤) تفسير القرآن العظيم للإمام ابن كثير، مكتبة بيت السلام، ط ٢، ج ١، ص ٢٩٩.

(٥) اعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، مطبعة المعادة بمصر ١٣٧٤هـ / ١٩٥٥م، ص ١٠٤ وما بعدها.

عَوِّقْتُمْ بِهِ. (١) وقوله تعالى: ﴿وَعَزَّوْا سَبِيحَ سَيِّئَةٍ مِّثْلَهَا﴾ (٢)، إلى غير ذلك من الآيات الدالة على معنى التعويض العادل، وهو ما ينطلق على التعويض العيني - متى كان ممكناً - حيث ذهب الإمام ابن القيم والإمام ابن حزم الظاهري على أن المتلفات والمغصوب تضمنان بالجنس لا بالنقد (٣). وهو عين التعويض العيني. كما استدل الفقهاء على قاعدة الغصب والإتلاف بجملة من الأحاديث منها: تغريم النبي ﷺ إحدى زوجاته - وقد كسرت إناء صاحبته - إناء بدله قائلاً: «إناء ياناء وطعام بطعام» (٤).

وأيضاً: حديث النبي ﷺ والذي أصبح قاعدة فقهية يعول عليها في أمر التعويض عموماً، والعيني منه خصوصاً، قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار» (٥)، وهذا يعني وجوب دفع الضرر ورفع وعده وإقراره كلية (٦) وإذا كان هذا الحديث يتسع ليشمل التعويض بكل صورته، فإن البعض من الفقهاء قد اكتفى بحديث الإناء للدلالة على التعويض

(١) آية ١٢٦ من سورة النحل.

(٢) آية ٤٠ من سورة الشورى.

(٣) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة بمصر ١٣٧٤هـ، ج ٢، ط ١، ص ١٠٤، المحلى لابن حزم الظاهري، المكتب التجاري للطبع والنشر، بيروت، بدون، ص ١٣٥.

(٤) الحديث رواه البخاري والترمذي، وسمى الضاربة عائشة، انظر: صحيح البخاري، المكتب الإسلامي، بيروت ١٩٨٥، ط ١، ج ٥، ص ٧٧.

(٥) الحديث رواه ابن ماجه وأحمد عن ابن عباس، كما رواه ابن ماجه عن عبادة بن الصامت.

(٦) انظر في الدلالة من الحديث: سليم رستم بلز، شرح المجلة، الكتاب الأول، ط ٣، ص ٢٩، المادة ١٩.

العيني لا النقدي^(١). ولعل استعمال الفقهاء لمصطلحي: المثلّي والقيمي ما يؤكد الدلالة على نوع التعويض، وما إذا كان عينيا أم نقديا. حيث ذهب غالبية فقهاء المسلمين إلى أنه إذا كان للعين التالفة في الخارج ما يماثلها من حيث الأوصاف الموجبة لاختلاف القيمة زيادة ونقصا، وجب على المكلف دفعها إلى مالكها، لأنه الأقرب عرفا وعقلا، فإذا لم يتمكن المكلف من دفعها وجب رد مثلها. ولما إذا لم يكن لها في الخارج مماثل لها، فالواجب على المكلف دفع قيمة العين، فهو الأقرب عرفا وعقلا حينئذ. وبهذا نص الفقهاء على أن البدل في الواجب هو المثل في المثليات والقيمة في القيميّات.^(٢)

وإذا كان هذا بالنسبة للنصب والإتلاف، فإن معنى التعويض العيني في مجال التعسف في استعمال الحق لدى فقهاء المسلمين أكثر إيضاحا، حيث ذهب الفقهاء إلى أن تغطية البناء، أو فتح نافذة تطل على بيت الجار لا يجوز، إذا كان من شأنه الإضرار بالجار، فمن بنى قصرا، أو رفعها على جاره، أو فتح فيها نوافذ تطل على جاره، يمنع من ذلك^(٣)، جاء في كتاب منهاج الصالحين "يجوز لكل مالك أن يتصرف في ملكه ما يشاء، ما لم يستلزم ضررا على جاره، وإلا فالظاهر عدم جوازه، كما إذا تصرف في ملكه على نحو يوجب خلا في حيطان جاره أو حبس ماء في ملكه بحيث تسرى الرطوبة

(١) راجع: د. علي الخفيف، المرجع السابق، ص ٦ وما بعدها، د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، بيروت ١٩٧٢، ط ٢، ج ١، ص ١٦٦ وما بعدها.

(٢) انظر في ذلك تفصيلا: مجلة الأحكام العدلية، المولد: ١٤٥، ١٤٦، ٨٩٠، ٨٩١، ٩٠٠، ٩٠٣.

(٣) المدونة الكبرى للإمام مالك، دار صادر، بيروت ١٣٢٣ هـ، ج ٦، ص ١٩٧.

إلى بناء جاره أو أحدث بالوعة بقرب بئر الجار فأوجب فساد مائها، أو حفر بئر بقرب بئر جاره فأوجب نقصان مائها. والظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقص مستندا إلى جنب البئر الثانية ماء الأولى أو أن يكون مستندا إلى كون الثانية أعمق من الأولى. نعم لامانع من تعلية البناء وإن كانت مانعة من الاستفادة من الشمس أو الهواء^(١). كما أنه إذا ثبت ضرر الاطلاع، فإنه يحكم بسدها، وإن كان بابا فإنه يغلق غلقا حصينا، وتقلع منه العتبة، لئلا يكون حجة عند تقادم الزمان^(٢)، وبناء على ذلك فإنه ليس للرجل أن يتصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره على نحو أن يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين العقارين أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره يجتنب ماءها^(٣). إلى غير ذلك مما قال به الفقهاء في التزام الجوار، وأنه ما هو إلا تكليف على المالك بسبب ملكيته لعين معينة يوجب عليها عدم الإضرار بالجار بسبب ما ينشأ عن واقعة الجوار من تنازع بين الحقوق العينية المتجاورة، وعليه يجب الضمان بإزالة الضرر عينا، ويجبر المتلف بإعلانه صحيحا كما كان - متى كان ذلك ممكنا - وهو ما سارت عليه أحكام مجلة الأحكام العدلية على نحو ما فعلت بالنسبة للغصب والإتلاف^(٤).

(١) راجع : منهاج الصالحين في المعاملات للسيد أبو القاسم الموسوي، ج ٢،

ط ٨، مطبعة النعمان، ١٣٩٧هـ - مسألة رقم ٧٢٦، ص ١٧١.

(٢) تبصرة الحكماء في أصول الأفضية ومناهج الأحكام للقاضي برهان السنين

الملكي، ج ٢، ص ٣٥٦.

(٣) المغني لابن قدامة المقدسي، دار الكتب العربي، بيروت ١٩٨٣، ج ٥،

ص ٥١.

(٤) راجع: مجلة الأحكام العدلية، المولود: ٢٠، ١١٩٨، ١٢٠٠، ١٢٠١،

١٢٠٢.

ويلاحظ أخيراً - فضلاً عما سبق- أن فكرة التعويض العيني بهذا المعنى قد نص عليها المشرع الفرنسي صراحة: عندما نص في المادة (٨٠٩) من قانون المرافعات المدنية للفرنسي على أنه « يجوز دائماً لرئيس المحكمة أن يأمر بصفة مستعجلة باتخاذ إجراءات إعادة الحالة إلى أصلها... لوقف التعرض الواضح لعدم مشروعيتها » وهو نفس المعنى الذي قال به فقهاء القانون المدني المصري^(١) بل وأجازوا للمحكمة إذا رأت أن التعويض العيني غير كاف أن تحكم بالإضافة إليه بتعويض نقدي^(٢)، وخاصة التعويض عن المدة الواقعة بين وقوع الضرر وإزالته، فإن هذه المدة لا يمكن التعويض عنها عينا، مما يستوجب تعويض المضرور عنها بمبلغ من المال، ليتحقق بذلك رفع الضرر وإزالة المخالفة كلية، وهو ما نعين به - بداية - بالتعويض العيني.



(١) راجع: تعريف التعويض العيني في أول هذا المطلب.

(٢) د. المنهوري، الوسيط، آثار الالتزام ج ٢/٢، المرجع السابق، ف ٤٤٠، ص ١٠٤٦.

المطلب الثاني

تمييز التعويض العيني عما يشبهه به

تمهيد وتقسيم:-

علمنا فيما سبق أن التعويض العيني عبارة عن إصلاح الضرر ومحو آثاره- ولو في المستقبل فقط، وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ الذي سبب الضرر للغير. بيد أن إعادة الحال هذه يمكن الوصول إليها لو قام المدين بتنفيذ التزامه عينا، حيث يعتبر التنفيذ العيني، أي تنفيذ عين ما التزم به المدين، بمثابة إصلاح لضرر يمكن حدوثه مستقبلا من جراء عدم التنفيذ، مما يجعل التنفيذ العيني والتعويض العيني يتلاقيان في النتيجة النهائية، وهذا ما حدا بالبعض إلى التعبير بأحدهما مكان الآخر^(١)، بل إن الدكتور السنهوري لا يقيم أية تفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، فما هما إلا لفظين مترادفين لمعنى واحد^(٢)، كما ذهبت محكمة النقض المصرية إلى الخلط التام بين اللفظين، حيث قضت بمسئولية المقاتل والمهندس عن الخلل الذي يظهر في البناء ويجعل هدمه أمرا لا مفر منه، إذ قررت « أن التعويض كما يكون عن ضرر حال، فإنه يكون أيضا عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، فإذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية إلى أن هدم

(١) د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٩٣ حيث يقول سنيادته التعويض العيني (التنفيذ العيني) دون تفرقة، وانظر كذلك: د. إسماعيل غانم في نقد التفرقة بين المصطلحين، المرجع السابق، ف ٢٦، ص ٤٣.

(٢) د. السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ٦٤٣، ص ٩٦٦.

المبنى أمر محتّم ولا محيص عنه، فإنه لا وجه لتضرر الطاعن من تقرير التعويض على أساس هدم المنزل وإعادة بنائه لإصلاح عيب فى أساس المبنى، وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العينى.^(١)

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى نجد أن التعويض العينى قد لا يكون كافياً لجبر الضرر، فيحكم به لإزالة آثاره بالنسبة للمستقبل فقط، كما لو كان التعويض العينى عبارة عن إجراء مناسب للضرر الذى وقع، كالحكم بنشر الحكم الصادر بإدانة المتهم فى واقعة السب والقذف، وذلك على نفقته الخاصة، أو بتكليفه بالاعتذار للمجنى عليه فى ذات الصحيفة التى شُهرَ به فيها^(٢) وفى هذه الحالة نجد أن التعويض العينى ما هو إلا تعويض بمقابل غير نقدى، قد يتمثل هذا المقابل فى إدخال قيمة فى ذمة المتضرر تعادل القيمة التى فقدها^(٣) أو يتمثل فى إزالة الضرر عينا دون حاجة إلى النظر فى هذا التعادل بين القيمتين، مما يثير التساؤل عن طبيعة هذا المقابل غير النقدى، وهل هو فى كل الأحوال تعويض عينى أم أنه تعويض عينى بالإضافة إلى كونه تعويض آخر غير عينى، أو على حد تعبير أحد الفقهاء^(٤) بأنه تعويض لا هو بالعينى، لأنه لا يعيد الحالة

(١) نقض مننى فى ١٩٦٥/٧/١٠ (مشار إليه: د. سليمان مرقص، المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجبلوى، القاهرة، ١٩٧١، ص ١٣٣)، نقض مننى فى ١٩٥٢/١٢/١٨ (مجموع أحكام النقض سنة ٤ ق، ص ٢٠٧ رقم ٣٣).

(٢) د. على حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الثقافة العربية، القاهرة، ط ٢، ٢٠٠١، ص ٣٨٣.

(٣) د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٥٤، ف ١٤٠، ص ٦٧.

(٤) د. جلال العدوى، المرجع السابق، ص ٤٨٨.

إلى ما كانت عليه، ولا هو بالنقدى لأنه نيس مقدرا بالنقد، وهذا ما يتضح لنا من نص المادة ١٧١/٢ منى- والتي أجازت للقاضى أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض. وبناء على هذا الخلط بين لتعويض العينى والتعويض غير النقدى^(١) كان لزاما علينا أن نوضح الفارق بينهما، كما هو الحال تماما فى ضرورة إيجاد التفرقة بين التعويض العينى والتعويض العينى - كما سبق - وهو ما نفرد له الفرعين للتالين على النحو التالى:-

الفرع الأول:- التعويض العينى والتنفيذ العينى-

فى العرض السابق عرفنا أن لبعض من الفقهاء قد خلط بين التعويض العينى والتنفيذ العينى، والحقيقة أن هذا الخلط كان فى جهتين، الأولى هى أن مصطلح التنفيذ العينى يرادف مصطلح التعويض العينى، وأنه ليس فى أحد الاصطلاحات إلا تعبير عن الآخر^(٢). والثانية من حيث نطاق كل منهما على نحو استعمال أحدهما مكان الآخر، حيث ذهب رأى إلى توسيع نطاق التعويض العينى على حساب التنفيذ العينى، إذ يعطى أصحاب هذا رأى لفكرة التعويض العينى مدلولاً واسعاً يستغرق التنفيذ العينى للالتزام

(١) حيث سبق أن بعض الفقهاء اعتبر تعويض نوعان هما: التعويض النقدى والتعويض العينى، بينما ذهب آخرون إلى أن التعويض ثلاثة، حيث أضافوا المهذين النوعين للتعويض غير نقدى.

(٢) راجع: تردد الدكتور السهورى فى ها المسألة (الوسيط، مصادر الالتزام السابق، ف٦٤٣، ص١٣٥٣. وأيضاً أشار الالتزام، المرجع السابق، ف٤٤٠، ص١٠٤٥) ونظر كذلك: د. عبد الحميد الشواربى وعز الدين الديناصورى، المسؤولية المدنية فى ضوء الفقه والقضاء، القاهرة ١٩٨٨، ص١٠٣٦، وأيضاً: للخلط لى وقع فيه د. إبراهيم النسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص١٢٢.

جبرا على المدین، بخلاف ما إذا كان التتفيذ العینی اختیارا، حیث یبقی فی نطاق التتفيذ لا التعویض. فی^(١) حین ذهب رأى آخر إلى العکس من ذلك وأن التتفيذ العینی یسع - إلى حد بعید - لیتفرق التعویض العینی، حیث أن التعویض العینی قد یكون تعویضا غیر نقدی (تعویضا بمقابل)، وقد یكون تعویضا عینیا بحثا، والتعویض بمقابل هو تتفيذ عینی یحصل به الدائن على عین حقه بطرق أخرى غیر قهر المدین على التتفيذ، کتتفيذ الالتزام على نفقة المدین (م ٢١٢ مدنی) وإزالة ما أجراه المدین بالمخالفة للترامه^(٢)، وقد أصبح هذا الخلط بین الفکرتین شائعا، وهو ما حدا بالبعض إلى القول بأن مبدأ التمییز بین هاتین الفکرتین یکتفه غموض مما جعله يمثل مجالا واسعا فی الفقه. (٣)

ومع هذا الخلط الواضح بین لتتفيذ العینی والتعویض العینی، فإن الفرق بینهما ما زال قائما، ذلك أن التعویض العینی عبارة عن نظام متمیز ومستقل عن التتفيذ العینی، وأن الخلط بینهما ما هو إلا تلاعب بالألفاظ إذ أن التتفيذ العینی یحو أو یزیل الضرر الذی کان سینجم عن الإخلال بالالتزام، بحيث یؤدی إلى إعادة الدائن إلى الوضع الذی کان علیه، على حین تجد أن التعویض العینی لا یرفع الضرر، ولكن إعادة الحال إلى ما کان علیه ناجم عن طریق تقديم بديل للدائن عن عدم التتفيذ الفعلی. بحيث یكون هذا البديل كافیا، کتقديم شئ مماثل لما التزم المدین برده، أو شافیا، کإصلاح الشئ

(١) راجع ذلك تفصیلا: د. محمود جمال الدین زکی، مشکلات المسئولية المدنية، للمرجع السابق، ص ٦١ وما عدها. د. اکثم الخولی، التعویض العینی، مشار إليه: م / أحمد الحمادی، المرجع السابق، ص ٢٤٧.

(٢) د. محمود جمال الدین زکی، المرجع السابق ص ٦٠.

الذى أعطيه المدين بخطئه، فيعد هذا وذلك تعويضا عينا، لأن الدائن فى ذلك لا يحصل على عين حقه، وإنما على بديل عنه، ولو كان يفضل، إلا أنه لا يعدو أن يكون بديلا، ومعنى ذلك فإن التنفيذ العينى، يوفر للدائن عينا هى محل حقه، بينما لا يوفر له التعويض العينى سوى بديل عنه ولو كان مشابها له تماما. (١)

ونظرا لهذا الطابع المتميز للتعويض العينى فإن الدكتور السنهورى الذى خلط بين المصطلحين - قد اعترف باستقلال التعويض العينى عن التنفيذ العينى وأن الفرق بينهما لا يزال قائما - بالرغم من هذا الخلط - حيث يرى سيادته أن الفرق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى هو أن الأول يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام فيكون هناك تنفيذ عيني للالتزام عن طريق عدم الإخلال به، أما الثانى فيكون بعد وقوع الإخلال بالالتزام، فإزالة المخالفة تكون هى التعويض العينى. (٢)

بل إن أشد المدافعين عن الخلط بين هاتين الفكرتين قد ساق لنا - وهو بصدد هذا الدفاع - فارقا هاما بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، حيث يتمثل هذا الفارق فى كيفية الإثبات فى كل منهما، ففى حالة المطالبة بالتنفيذ العينى نجد أن الدائن يقع عليه عبء إثبات مصدر الالتزام، فإذا ادعى للمدين أنه قد نفذ فعليه هو أن يثبت ذلك وإلا حكم عليه بالتنفيذ العينى، أما إذا كان الدائن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر من جرّاء الإخلال بالالتزام، فيكون هو الذى يدعى عدم التنفيذ فيتعين عليه إثباته، دون حاجة إلى أية إثبات من

(١) راجع فى ذلك / د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٦١ وما بعدها، د. طلبة وهبة خطاب، المرجع السابق، ص ٦٦.

(٢) د. السنهورى، آثار الالتزام، المرجع السابق، ف ٤٤٠، ص ١٠٤٥.

جانب المدين، ويعنى ذلك أنه فى التنفيذ العينى يكون على المدين إثبات القيام به وإلا حكم عليه بالتعويض، بينما لا يكون فى التعويض العينى إلا إثبات الدائن عملية الإخلال التى استوجبت التعويض.^(١)

وبهذا يتضح الفارق بين التنفيذ العينى والتعويض العينى. فالتنفيذ العينى يعتبر الطريق الطبيعى لتنفيذ الالتزام، خاصة إذا كان هذا الالتزام عقدياً. أما التعويض العينى - فهو جزاء لتحقيق المسؤولية، وطريق استثنائى من طرق تعويض الضرر، فإذا كان التنفيذ العينى هو الأصل فى المسؤولية العقدية، فعلى النقيض من ذلك لا يكون لهذا الضرب من التنفيذ إلا منزلة الاستثناء فى نطاق المسؤولية التقصيرية، فالتعويض العينى هو القاعدة العامة فى المسؤولية التقصيرية.

وقد أكدت محكمة النقض فى حكم لها على وجود الفارق بين التعويض العينى والتنفيذ العينى، بالرغم من أنها - فى بعض أحكامها كما سبق - لم تر فرقاً بينهما، حيث قضت بشأن التنفيذ العينى بأن « مؤدى النص فى المادتين ١/٢٠٣، ٢١٥ من القانون المدنى، وعلى ما يبين من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد هو تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً ولا يصار إلى عوضه، أى التنفيذ بطريق التعويض، إلا إذا استحال التنفيذ العينى. فإذا لجأ الدائن إلى طلب التعويض وعرض المدين القيام بتنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً، فلا يجوز للدائن أن يرفض هذا العرض، لأن

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٤٣.

التعويض ليس التزاما تخيريا أو بدليا بجانب التنفيذ العيني»^(١) وهذا اعتراف واضح بأن التنفيذ العيني مغاير تماما للتعويض العيني عموما سواء كان عينيا أو بمقابل.

وإذا كنا نؤيد مثل هذه المحاولة في التفرقة بين التعويض العيني والتنفيذ العيني، إلا أننا لا نؤيد ما آلت إليه من نتائج، إذ من الواضح أن هذه الآراء تميل إلى اعتبار التعويض العيني استثناء من التنفيذ العيني تارة، وثارة أخرى اعتباره جزاء الاخلال بالالتزام دون تفرقة بين ما إذا كان الالتزام قياما بعمل أو امتناعا عن عمل . إلا أن المتيقن هو أن الأثر المترتب على الاخلال بالالتزام هو اجبار المدين على تنفيذ التزامه، متى كان ذلك ممكنا، فإذا كان هذا الالتزام التزاما بعمل فإن الاخلال بهذا التزام الاجبائي يتمثل في عدم تنفيذ العمل، أما انتهاك الالتزام السلبي - الامتناع عن عمل - فإنه يتمثل في تنفيذ العمل الذي تعهد المدين بعدم القيام به.

ويثار التساؤل عن طبيعة هذا الأثر وهل هو تنفيذ عيني أم هو تعويض عيني ؟ غير أن الاجابة عن هذا التساؤل تختلف تبعا لما إذا كان الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل .

فإذا كان الالتزام بعمل فإن الدائن يستوفى دينه عينا من المدين، فإن لم ينفذ المدين ما التزم به أجبر على ذلك وفقا لقواعد التنفيذ العيني الجبرى^(٢)، متى كان ذلك ممكنا. فإن كان تنفيذ هذا الالتزام مستحيلا، فإن اللجوء على التعويض هو الذى يصار إليه، حيث

(١) نقض مننى جلمة ١٩٧٩/٦/٢٠ (طعن رقم ٣٦٤ سنة ٤٦ ق). مشار إليه فى الموجز فى النظرية العامة للالتزام، د. عبد الوود يحيى، المرجع السابق، ص ٣٧٩، فلمش (٢).

(٢) م ٢٠٣/مننى.

تعطى فكرة استحالة التنفيذ مكانا واسعا لقيام المسؤولية الموجبة للتعويض^(١). وغنى عن البيان أن عدم الاستحالة لتنفيذ التزام المدين يجعل من تنفيذه عينا جبرا عنه مجالا رحبا إذا لم تكن شخصية المدين محل اعتبار، فإن كانت كذلك فلا مناص من اللجوء إلى التعويض حينئذ.

أما في حالة الإخلال بالالتزام إذا كان امتناع عن عمل، فإن الالتزام بالتعويض عن كل مخالفة - كهذا - ينشأ بمجرد اتیان العمل الممنوع. وإن كان الغالب في هذه الحالة أن يكون التعويض نقديا، لأنه لا يمكن الرجوع في العمل الممنوع، كما هو الحال بالنسبة لافشاء الطبيب أو المحامى سر للمهنة، وكما لو كان المفروض على الدائن الامتناع عن عمل ما في مدة معينة فقام بالإخلال انشاءها. غير أنه من المتصور أن يكون التعويض في الحالة الأخيرة عينا، متى كان ممكنا، وذلك بإزالة المخالفة جبرا عن المدين، أو بمنعه من الاستمرار فيها^(٢) وبهذا يتضح لنا أهمية تحديد ما يطالب به الدائن. أهو تنفيذ عيني أم تعويض عيني، ويمكن إيجاز ذلك وفقا للمعايير الآتية:-

١- تكون أمام تنفيذ عيني اختياري في حالتين : الأولى هي حالة تنفيذ المدين لالتزامه الإيجابى طوعا واختيارا، والثانية هي حالة امتناع المدين عن الاضرار بالدائن في الالتزام السلبي ؛

(١) د. السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، المجلد الأول، ج٣، محل العقد، دار الفكر العربى ١٩٥٣، ص ١١ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك تفصيلا: نصير صبار لفقة، المرجع السابق، ص ٨٢ وما بعدها.

لأن التنفيذ العيني في الالتزامات القانونية هو عدم الاضرار
بالآخرين.

٢- تكون أمام تنفيذ عيني جبرى فى حالة امتناع المدين عن تنفيذ
التزامه الايجابى، مع عدم استحالة التنفيذ حينئذ، وفى هذه
الحالة فإنه يجوز للدائن أن يستأذن المحكمة فى التنفيذ على
نفقة المدين، بل له فى حالة الاستعجال أن يقوم هو أو يكلف
شخص آخر بالتنفيذ على نفقة المدين دون استئذان
المحكمة^(١)، وفى هذا الحالة فإن التزام المدين بدفع النفقات
إنما هو من قبيل التنفيذ العيني الجبرى. إذ أن ماهية الالتزام
تتمثل فيما يحصل عليه الدائن من فوائد أكثر من ظهورها
فيما يقدمه المدين.

٣- تكون أمام تعويض عيني فى حالة إزالة المخالفة الناتجة عن
الاخلال بالالتزام السلبي، بشرط أن ينشئ الاخلال بالالتزام
- حينئذ - حالة مستمرة، وذلك لسببين: أولهما: أن التعويض
يبدأ من لحظة الاخلال بالالتزام، ثانيهما: أن فى حالة إزالة
المخالفة فإن الدائن لن يحصل على عين حقه، لأن المخالفة
وقعت ومسه ضرر من ذلك، بمعنى انتهاك حرمة الحق.
لذلك كان لابد من إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع
الضرر، كما هو الحال بالنسبة لعدم المنافسة وهدم الجدران
الضار . وبناء على هذه الحالة الأخيرة فقد ثار جدل فقهي
حول مدى إمكانية حلول التعويض العيني محل التنفيذ عند
عدم تنفيذ الالتزام الأصيل فى الالتزام بالامتناع عن عمل،
بين من يرى حله مع بقاء التأمينات التى تضمن

(١) م ١٢١ منى.

الالتزام الأصلي، إذ لا يعد التعويض التزاما جديدا حل محل القديم، وبين من يرى أن التعويض في هذه الحالة لا يحل محل التنفيذ الأصلي إذ لا يعتبر إلتزاما بديلا أو تخيير للالتزام الأصلي.^(١)

ونحن نرى بدورنا أن أساس التعويض العيني هو الالتزام الأصلي، ومن ثم فإنه يحل محله بقوة القانون، مع بقاء الضمانات والتأمينات التي كانت تضمن الالتزام الأصلي، ومن ثم نرى رجحان للرأى الأول فى ذلك الجدل الفقهي القيم.

الفرع الثانى : التعويض العيني والتعويض غير النقدي

يقصد بالتعويض غير النقدي هو أن تأمر المحكمة بأداء أمر معين على سبيل التعويض، وبعبارة أخرى فى صورة إجراء آخر مناسب لإزالة الضرر غير الحكم بالنقود^(٢)، ويثور التساؤل عن طبيعة هذا التعويض، حيث يرى البعض^(٣) أن التعويض بمقابل غير نقدي لا يكون سوى صنف من أصناف التعويض العيني، والذي يكون الهدف منه تأكيد المنفعة للمتضرر، وذلك لأن إجراءات التعويض بمقابل غير النقدي تدور فى مصدر الضرر نفسه، مثل نشر تكذيب للقذف والسب فى ذات الصحيفة المشهر فيها بالمضروب، أو تبديل المادة النالفة بغيرها صالحة، ويعد

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. أنور سلطان ، المرجع السابق، ص ٦٨ .
د. محمد شكرى سرور، موجز النظرية العامة للالتزامات ، ط١ القاهرة ١٩٨٥، ص ٣٨. د. السنهورى الوسيط ، ج ٢، ص ٧٦٣. د. عبدالوود يحيى ، المرجع السابق ، أحكام الالتزام ، ص ٣٣. د. عبدالمنعم للبدرأوى المرجع السابق ص ٥٠.

(٢) د. جميل الشرقاوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة ١٩٨١، ص ٥٠٦.

(٣) د. إبراهيم السوفى أبو الليل، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها. وانظر كذلك - سابقا - كل الفقهاء الذين قسموا التعويض إلى نوعين، نقدي وعيني.

المقابل غير النقدي - وفقا لهذا - أكثر منفعة للمتضرر من الناحية العملية، فضلا عن كونه مجرد إجراء للتعويض العيني، فمثلا تغيير الشيء التالف يستوجب الكثير من الضمانات للحصول على منفعة كاملة للمتضرر، أكثر من تعويضه للحقيقي من المسئول بإصلاحه مثلا.

ووفقا لهذا الرأي نجد أن التعويض لا يكون له سوى نوعين: التعويض العيني، والتعويض النقدي، ويكون التمييز بين التعويض العيني والتعويض غير النقدي عديم الفائدة، فالتعويض العيني هنا إما أن ينصب على عين الشيء - بإصلاحه -، أو على عين أخرى مماثلة لهذا الشيء، فالمقصود دائما في هذا التعويض - ووفقا لهذا الرأي - شيء آخر غير النقود. وبناء عليه فإن معيار التفرقة بين التعويض العيني والتعويض النقدي إنما ينصب في محو الضرر وإزلاته، فحيث يمكن الوصول إلى ذلك بغير نقود فإننا نكون أمام تعويض عيني - أي كانت صورته - . أما إذا كان ذلك مستحيلا، كما في حالة التعويض عن الضرر الأدبي، فإن الحكم بأداء مبلغ من النقود يكون مؤهلا للتعويض العيني، بل الحكم بالنقود في هذه الحالة يمثل منفعة كبيرة للمتضرر من أن تكون مجرد تعويض عيني.

بيد أن البعض الآخر من الفقهاء^(١) يؤكد أن التعويض غير النقدي هذا إنما هو وسط بين التعويض النقدي والتعويض العيني،

(١) د. جلال الحوي، المرجع السابق، ص ٤٨٨. وأيضا : مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، ج ٢، ص ٣٩٧. وانظر كذلك - سابقا - من قسم التعريف إلى ثلاثة أنواع : نقدي، وغير نقدي، وعيني. وهو المرجع من وجهة نظرنا على الأقل.

فلا هو بالعيني لأنه لا يعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل الخطأ - بل يعيد مثلها -، ولا هو بالنقدى لأنه ليس مقرا بالنقود، وهو ما قصدته المادة ٢/١٧١ صراحة عندما نصت على أنه « يجوز للقاضي أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع وذلك على سبيل التعويض » وهو بذلك قد يكون أنسب ما تقتضيه الظروف في بعض الأحيان. وقد يكون من مصلحة المضرور أن يطالب بتعويض غير نقدى، كما هو الحال في فترات الأزمات الاقتصادية المحدقة، إذ لا يستطيع المضرور أن يحصل على مثل الشيء الذى أصابه الضرر بالمبلغ الذى يدفع له على أنه تعويض. هذا فضلا على أن للقضاء الحكم بالتعويض النقدى - فضلا عن التعويض غير النقدى - وذلك عن الأضرار التى لا يكفى التعويض غير النقدى لجبرها. (١)

ومن أمثلة التعويض غير النقدى - وفقا لهذا رأى - أن يحكم القاضى لصاحب السيارة التى أصابها تلف كلى بخطأ الغير بسيارة مشابهة من حيث النوع والحالة، أو تأمر المحكمة صاحب المدخنة بتعليقها بصورة يزول معها الضرر الذى يلحق بالجار. أما الحكم بإزالة المدخنة كلية، فإنه يمحو الضرر عينا، ويعد هذا تعويضا عينيا. وغالب الظن أن التعويض غير النقدى إنما يلجأ إليه القاضى إذا كان التعويض النقدى لا يكفى لتعويض المتضرر تعويضا كافيا مجزيا حتى ولو كان التعويض العيني - الذى يعنى محو الضرر وإزالته - ممكنا، إذ قد يكون التعويض غير النقدى هو الأنسب والأكثر نفعاً للمتضرر.

(١) د. جميل الشرقاوى، المرجع السابق، ص ٥٠٦.

وبناء على ذلك فإن التعويض بمقابل غير نقدي يشتمل على شئ آخر غير مبلغ من النقود دون الوصول إلى حد إزالة الضرر، كالحكم بصحة ونفاذ عقد البيع ليتم التسجيل وانتقال الملكية في العقارات، وفسخ العقد لتأخر المدين في تنفيذ التزاماته أو امتناعه عن التنفيذ. فهو تعويض بشئ مماثل، لا هو بالنقدي، ولا هو بإصلاح الشئ نفسه وإزالة الضرر عنه. وإن كنت أرى أنه إذا كان الأمر متعلقا باتلاف أموال مثلية، فإن تعويض المتضرر بأشياء مثلية من حيث النوع والمقدار إنما يعد تعويضا عينيا، أما إذا تعلق الأمر بأشياء قيمية، فإن التعويض عنها بأشياء قيمية من حيث النوع، إنما يعد تعويضا بمقابل غير نقدي.

ونخلص في النهاية إلى أنه إذا كان التعويض العيني ليس سوى تعويض غير نقدي، أي التعويض بشئ آخر غير النقود، أو ما يسمى بالترضية العينية، فإن هذه الترضية قد تكون عينا وقد تكون بمقابل غير نقدي، وهو ما كان لزاما علينا أن نوجد الفرق بينهما على نحو ما ذكرنا.

وغنى عن البيان أنه لا يوجد خلط بين التعويض العيني - وفقا لمعناه السابق - والتعويض النقدي، ولا يكون ذلك إلا إذا كان التعويض العيني بترخيص من القضاء على نفقة المسؤول (م ٢/٢٠٥ مدني) حيث يوجد خلط في هذه الحالة، وهل هو تعويض عيني - باعتبار إزالة الضرر -، أم نقدي - باعتبار المبلغ المنفق لإعادة الحالة -، إلا أن الفصل بينهما - حتى في هذه الحالة - ممكن في كل الأحوال، ومن ثم لا توجد ضرورة للتفصيل في التمييز بينهما في هذه الصورة، حيث ما زال الفصل بينهما ممكنا دون خلط، فمن اعتد بالحكم النهائي اعتبر ذلك تعويضا

عينيا، ومن اعتد ببدلية الأمر عد ذلك تعويضا نقديا، ومن ثم لا
تنشأ أية مشكلة في هذا الشأن. وإن كنت أرى أن التعويض في
هذه الحالة إنما هو تعويض عيني، باعتبار أنه يؤدي إلى حصول
الدائن على عين ما التزم به المدين. ولا يكون نقديا إلا إذا كان
هناك حكم بمبلغ معين ومقدر للتعويض، سواء كان كافيا للحصول
على عين ما التزم به المدين أو يقل أو يزيد، باعتباره مبلغا من
النقد ينفق منه المتضرر لإعادة الحالة دون أن يكون له الحق في
الحصول على شيء آخر.

ويلاحظ أن التعويض النقدي وإن لم يكن هو الطريق الأكثر
ملائمة لإعادة المتضرر إلى الحالة التي كان عليها قبل حدوث
الضرر، وبالتالي لا يتحقق معه الجبر الكامل للضرر الذي أصاب
المتضرر، إلا أنه الأكثر شيوعا أمام صعوبة اللجوء إلى التعويض
العيني والتعويض غير النقدي في الكثير من الحالات، باعتبار أن
النقد يمكنها أن تحل محل كل شيء، كما أن الأشكال المتعددة
للتعويض العيني تتباين فيما بينها من وجهة النظر الخاصة بدرجة
تأثير ذلك على الضرر نفسه، ويبقى الإصلاح دائما هو الهدف
المنشود لكل تعويض، وينبغي أن نقر بوجود سلسلة من
التعويضات العينية مارة بفوارق محسوسة للإجراءات مقتربة من
التعويض النقدي، فإذا كان التعويض هو المعول عليه بداية، فإن
الإصلاح هو المنشود نهاية. (١)

وبهذا يتضح الفارق بين التعويض العيني، وما قد يختلط به
من أفكار قانونية مشابهة، ليستقيم لنا معناه ويتحدد مفهومه، والذي
يمكن تحديده بناء على ذلك بأنه " هو التعويض غير النقدي الذي

(١) أنصير صبار لفئة المرجع السابق، ص ١٠٢.

يحكم به لمهاجمة مصدر الضرر أو مادته مباشرة، وذلك بإزالة
المخالفة عينا، أو منع استمرار الضرر مستقبلا، ويكون أكثر
تكاملا لطبيعة الضرر من التعويض النقدي " ومن ثم ننتقل لنتعرف
على أنواعه، ونطاقه، وسلطة القاضي إزاءه، وهو ما نعرض له
تباعا في المباحث التالية.



المبحث الثانى

أنواع التعويض العينى

تثير التطبيقات العملية كثيرا من أحكام التعويض العينى، وتتعدد أنواعه وفقا لهذه الأحكام، إذ أن كل مخالفة للالتزام تثير مشكلة نوع من التعويض، وعن طريق ضبط القواعد وتوحيد الأحكام تبين لنا أن التعويض العينى - الذى تثيره التطبيقات العملية - يمكن أن يتنوع إلى نوعين، التعويض العينى المادى، والتعويض العينى الأدبى. والهدف من بيان أنواع التعويض العينى يكمن فى تحديد الحدود المناسبة لفكرة التعويض العينى، وذلك بفصله عن بقية أنواع التعويض الأخرى المؤكد لجبر الضرر، وتكثيف الأحكام القضائية لإبراز فكرة التعويض العينى وعلّة وجودها فى كل حالة من حالات التطبيق العملى لها.

ولهذا فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين على النحو التالى:-

المطلب الأول:- التعويض العينى المادى:-

يظهر هذا النوع من التعويض العينى بوضوح فى إطار الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، وذلك عن طريق الضرر المادى الناتج عن المخالفة فى هذا الشأن، ولما كان ذلك يشمل إطارا عاما متشعبا، فإننا سوف نوضحه عبر فرضيات محددة تخصه، فضلا عن الإصلاح المادى لمشكلات الجوار - والتى وضحت منها جانباً سابقاً - نجد أن أحكام المسؤولية قد تسوقنا إلى ضرورة هذا الإصلاح المادى، فى ظل فرضيات تتعلق بالتعويض العينى، بالإضافة إلى ما ذكره الفقه الإسلامى والقانونى على حد

سواء بالنسبة لإصلاح الضرر الجسدى. ولهذا فإننا سنتناول هذا
المطلب فى الفرعين الآتيين:-

الفرع الأول:- أحكام المسؤولية الموجبة للتعويض العيى المادى:-

من الملاحظ أنه فى حالة الاستقرار النقدى وزيادة الأموال فى
السوق فإننا نجد أن المتضرر لا يميل إلى التعويض النقدى بقدر
تعويضه بمادة الشئ التالف، وذلك على الرغم من أن التعويض
يمثل دائماً منفعة للمتضرر إلا أنه يفضل - فى ظل الاستقرار
النقدى - استبدال الشئ التالف تجنباً لتقدير نقدى قد لا يكفى لجبر
الضرر كاملاً. وفى ظل الالتزام بعمل، يلتزم المدين بالقيام بالعمل
المتفق عليه، وبنفس الطريقة التى تم الاتفاق عليها بين الطرفين،
وسواء كان هذا الالتزام بتحقيق نتيجة أم ببذل عناية، فإنه يتم تنفيذه
عينا جبرا عن المدين إذا لم يقم به اختياراً. إلا إذا كانت شخصية
المدين محل اعتبار، إذ يستحيل تنفيذه بدون تدخله شخصياً، ومن
ثم يمكن التنفيذ حينئذ بمقابل إذا لم يقم المدين مختاراً، كما يسمح
هنا الالتزام بأن يقوم حكم القاضى مكان عمل المدين.^(١)

ووفقاً لهذا فإن الملزم بهذا العمل إذا لم يقم بتنفيذ التزامه على
هذا النحو يكون مسؤولاً عن تعويض المضرور، وفى غالب
الأحيان يتمثل هذا التعويض فى الإصلاح المادى للأشياء، كما لو
تعهد ناقل بتوصيل البضاعة سالمة، فأصابها تلف من جراء عملية

(١) راجع فى تلك المواد ٢٠٨، ٢٠٩، ٢١٠ من القانون المدنى، وانظر: د.
محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٧٠، د. أحمد سلامة، مذكرات
فى نظرية الالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة عين شمس بدون،
ن ١٨ ص ٣٥ وما بعدها.

النقل التى أخطأ فيها الناقل، أو قام بنقلها بغير الطريقة المتفق عليها مما أصابها بالتلف. ولهذا ألزم القضاء الفرنسى الناقل بإصلاح المواد التالفة فى عملية النقل، فقد أجاز منذ بداية القرن العشرين ذلك مستندا إلى التزام الناقل بتسليم الشئ إلى مكان الوصول فى حالة جيدة، كما حمل هيئة السكك الحديدية مسئولية إصلاح الأثاث التالف. (١)

وفى عقد الإيجار، رفض القضاء الفرنسى الحكم على المستأجر بإعادة بناء المنزل المؤجر المحروق بسبب خطئه، وذلك استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب، إذ أن إعادة البناء يكون لصالح المالك، وبناء عليه حكم على المستأجر بدفع الفرق بين قيمة البناء قبل الحريق وبعده، وعلى الرغم من أن المستأجر قد تعهد بإعادة البناء إلى حالته الكاملة فى نهاية الإيجار، فإن القضاء الفرنسى لم يعتد بهذا التعهد، فعقد الإيجار ينتهى بهلاك الشئ المؤجر، ليدفع المستأجر الفرق بين قيمة البناء قبل هلاك البناء المؤجر كليا. (٢)

بيد أن إلزام المستأجر بدفع الفرق بين قيمة البناء قبل الحريق وبعده إنما هو تعويض عيني مادي يتمثل فى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الخطأ الذى ارتكبه المستأجر وأدى إلى وقوع الحريق بالمبنى المؤجر، إلا أن الحكم بالإصلاح فى الحالات السابقة إنما يكون حيث يكون هذا الإصلاح ممكنا، فإن أصبحت مادة الإصلاح غير ملائمة للاستعمال فإن عملية الإصلاح تكون

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : د. جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية.

المرجع السابق، ص ٥٣ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق.

غير مناسبة وذلك للاستحالة العملية. وعليه فإن مبدأ الاستحالة العملية يحول دون التعويض العيني، ويترك للمتضرر حرية الاستفادة من التعويض النقدي.

ويثير الإصلاح المادي صعوبة فيما يتعلق بضمان العيوب الخفية من البائع . لأن المادة ١٦٤٦ من القانون المدني الفرنسي قد أعطت للمشتري الاختيار بين بقاء العقد أو انقاص الثمن . ولكن هل يستطيع المشتري عند اختيار بقاء العقد أن يطلب إصلاح الشيء المعيب من البائع؟

. في الإجابة عن هذا التساؤل رأيان : الأول هو ما ذهب إليه القضاء الفرنسي، حيث إنه لم يعط المشتري الحق في المطالبة بإصلاح الشيء المعيب ، على أساس أن القاضي لا يستطيع زيادة التزامات البائع حسن النية بالإصلاح ، وإن يقوم ذلك مقام حقه في انقاص الثمن . في حين يرى الثاني أن حق الإصلاح المادي للشيء ينتج عن حق المشتري في الانتفاع الكامل من الشيء المبيع، بالإضافة إلى أنه يجوز للقاضي أن يحكم على البائع بالإصلاح المادي للشيء المعيب، وذلك عندما يكون سوء النية متعمدا في إخفاء العيب عن المشتري ، وليس ذلك سوى تطبيق للقواعد العامة^(١).

ونحن نرى بدورنا أن القضاء الفرنسي لا يريد أن يفرض على أحد أطراف الالتزام شيئا غريبا عن التزامه الأصلي، لذلك فإن التزام الناقل في عقد النقل بإصلاح المنقولات التالفة أثناء عملية النقل يكون منصوفا عليه ضمن التزام الناقل بتسليم البضاعة بحالة جيدة، كما يطبق هذا المبدأ أيضا عند الحكم على

(١) / نصير صبار لفتة ، المرجع السابق ص ١٦٠.

المقاول بإصلاح عيوب البناء ، والفكرة نفسها تبرر رفض القضاء الحكم على المستأجر بإعادة البيت المحروق بخطئه ، وعليه فإن مبدأ الاستحالة العملية يحول دون التعويض العيني ، ويترك للمتضرر حرية الاستفادة من التعويض النقدي.

وقد نص المشرع المصرى صراحة على عملية التعويض العيني المادى، حيث نصت للمادة ٥٨٠ على أنه « يجوز للمستأجر أن يحدث بالعين المؤجرة تغييرا بدون إذن إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه أى ضرر للمؤجر. فإذا أحدث للمستأجر تغييرا فى العين المؤجرة جاوز ذلك حدود الالتزام فى الفقرة السابقة، جاز إلزامه بإعادة العين إلى الحالة التى كانت عليها وبالتعويض إن كان له مقتضى ».

بيد أن تحديد ضمان المستأجر فى هذه الحالة بإعادة العين المؤجرة إلى الحالة التى كانت عليها إنما هو أقرب إلى العدالة من إطلاق مصطلح الضمان وترك المؤجر تحت رحمة المستأجر فى أن يدفع له تعويض نقدي، أو أن يقبل المؤجر الاستعمال غير المألوف من المستأجر.

كما أن التزام المؤجر بإجراء الصيانة والترميمات الضرورية يكون مجالا واسعا للحكم بالتعويض العيني للمادى. حيث يلتزم بإصلاح وترميم ما حدث من خلل فى العين المؤجرة، والذي أدى إلى الإخلال بالمنفعة المقصودة منه، وفى حالة امتناع المؤجر عن هذا الالتزام، كان للمستأجر أن يفسخ العقد، أو أن يطالب بإنقاص الأجرة، أو أن يقوم هو نفسه بهذه الترميمات بإذن المحكمة، ثم يرجع على المؤجر بقيمة ما أنفق وبالقدر المعروف فى هذا الشأن، وله أن يقوم بذلك دون حاجة إلى ترخيص من القضاء فى حالة

الاستعجال، أو إذا كانت الترميمات بسيطة على أن يستوفى المستأجر ما أنفقه خصما من الأجرة^(١). وفي حالة ما إذا كانت هذه الترميمات للضرورة مستحيلة، مما أصبح معه الإصلاح مستحيلا، كما لو كان إجراء ضروري أن يقوم به المؤجر في وقت معين، ثم فات هذا الموعد وأصبح الإجراء لا فائدة من القيام به، فليس أمام المستأجر سوى طلب فسخ العقد أو إنقاص الأجرة حسب الأحوال^(٢). ويلاحظ أن هذه الأحكام ليست سوى تطبيق للقواعد العامة.

ويعتبر التعويض العيني المادى المتمثل فى الإصلاح المادى للأشياء أكثر وضوحا فى حالتى الضمان للعيوب الخفية وضمان الاستحقاق الجزئى. إذ يلتزم البائع بإصلاح عيوب الشئ - متى توافرت شروط ضمانه - وذلك وفقا لأحكام المادة ٤٤٧ مدنى، وخاصة إذا كان هذا البائع قد أكد للمشتري خلو المبيع، أو أخفى العيب غشا متعمدا، حيث يكون للمشتري فى هذه الحالة أن يطالب بالتفويض العينى وفقا للقواعد العامة إذا كان ممكنا، ويكون ذلك فى صورة إصلاح العيب أو الحصول على شئ سليم، وله فضلا عن ذلك طلب فسخ العقد^(٣)، كما ينطبق هذا للحكم بالنسبة لحالة الاستحقاق للجزئى، خاصة إذا اختار المشتري استبقاء المبيع، إذ يكون له أن يطالب البائع بالتعويض العينى المادى - إذا كان ممكنا - وذلك لجبر الضرر الحاصل له من عملية الاستحقاق الجزئى،

(١) م ٥٦٨ مدنى .

(٢) م ٥٦٩ مدنى.

(٣) د. خميس خضر، العقود المدنية الكبيرة، ط ٢ (١٩٨٤)، دار النهضة العربية، ف ١٥٦، ص ٢٦٢.

هذا فضلا عن حقه فى التعويض كاملا لو اختار رد المبيع وما أفاده منه، حيث يكون له فى هذه الحالة أيضا أن يطالب البائع بمبيع آخر - غير مستحق - أو يطالب بتعويض نقدى، إذا كان التعويض العينى بهذه الصورة غير ممكن. (١)

كما يتمثل التعويض العينى المادى فى أبهى صورة فى حالتى الغصب والإتلاف، حيث يلتزم الغاصب برد المال المغصوب عينا وتسليمه إلى صاحبه فى مكان الغصب إن كان موجودا، وذلك دون إخلال بالتعويض عن الأضرار الأخرى متى وجدت، ويترتب على ذلك إلزام الغاصب بالرد عينا وإصلاح المغصوب وإعادته إلى الحالة التى كان عليها قبل وقوع فعل الغصب، وليس ذلك سوى تطبيق للقاعدة العامة فى التعويض، وأن كل فعل سبب ضررا للغير، يلزم من ارتكبه بالتعويض. (٢)

وبهذا يتضح أن التعويض العينى المادى، والمتمثل فى إعادة الحالة إلى ما كانت عليه، فى كل حالة يكون فيها هذا التعويض ممكنا، هو الغالب، باعتبار أنه يزيل الضرر كلية ويعمل على إزالته، سواء كانت المخالفة نتيجة الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، وسواء كنا أمام مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية، على نحو ما سبق.



(١) م ٤٤٤ مدنى، . خميس خضر، المرجع السابق ف ١٤٢، ص ٢٤٧.

(٢) م ١٦٣ مدنى، وانظر فى ذلك تفصيلا : المستشار/ أنور العمروسى، المرجع السابق، ص ٤٦٦ والأحكام التى أشار إليها فى هذا الشأن.

الفرع الثاني:- التعويض العيني والضرر الجسدي:-

يثور التساؤل عما إذا كان التعويض العيني عن الضرر المادي الجسدي ممكناً أم لا؟^(١) غير أنه - بصدد الإجابة عن هذا التساؤل - يتصور - وجود هذا التعويض في حالة التزام المسئول عن الفعل الضار بمعالجة من تضرر في جسمه أو في عقله من جراء فعله، وذلك بأن يتحمل مباشرة نفقات إقامة المتضرر في المستشفى أو مركز طبي متخصص، وذلك طوال المدة التي تقتضيها المعالجة أو العناية أو المراقبة الطبية^(٢)، وهو ما يصدق على التزام الطبيب أو المستشفى بعلاج مصاب نتيجة لارتكاب فعل ضار - غير مشروع - من الطبيب أو المستشفى، وقد يتمثل هذا التعويض في زراعة الأطراف والأعضاء لمن يفقد شيئاً منها نتيجة إصابته في حادث ما.^(٣)

(١) راجع في ذلك تفصيلاً: د. محمد صبري الجدي، ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، جامعة اليرموك بالأردن، ١٩٩٩م، ص ٥٧٥.

(٢) د. عاطف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي، لخطأ والضرر، ط١، بيروت، ١٩٨٣م، ص ٣٨٥.

(٣) د. حسام الأهوازي، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٥، ص ٦٢ وما بعدها. د. صبحي المحمصاني، المرجع السابق، ص ١١٠ وما بعدها.

وانظر: د. حمدي عبد الرحمن، معصومية الجسد، دراسة في المشكلات القانونية للمسئول بالجسد، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٧٩، حيث يمثل سيلفته الاتجاه المعارض في هذا الشأن راجع في هذه المسألة تفصيلاً: د. محمد سعد خليفة، الحق في الحياة وسلامة الجسد، دار النهضة العربية ١٩٩٥ / ١٩٩٦، ص ١٠٨ وما بعدها.

معنى ذلك أن التعويض العيني المادى عن الضرر الجسدى ممكن، وليس ذلك إلا تطبيقاً للقواعد العامة، متى كان ذلك ممكناً، شريطة ألا يلحق ضرراً بالمسئول، وإلا كان الحكم بتعويض نقدى هو البديل. غير أن التعويض العيني المادى المتمثل فى زراعة الأطراف والأعضاء يعتمد على نجاح العملية الطبية فى تطبيقه، إذ تقوم هذه الطريقة على إلزام محدث الضرر بإعطاء أو توفير العضو أو الطرف المضرور، ولهذا قيد التعويض العيني المادى فى هذه الحالة بعدة قيود وضوابط، ما كان جائزاً إلا إذ توافرت هذه الشروط وهى:-

١- كون الاعتداء على الكيان الجسدى عمداً، إذ لا مجال للمطالبة بهذا الشكل من التعويض فى الأضرار الجسدية التى تقع بطريق الخطأ.

٢- مطالبة المتضرر بهذا النوع من التعويض، فلا يحكم به القاضى من تلقاء نفسه - كقاعدة عامة -.

٣- التماثل بين عضو المسئول والمتضرر من ناحية الصحة والمنفعة.

٤- الملاءمة الطبية الجراحية والموثقة بشكل أصولى من الخبير الطبى على المتضرر والمسئول، بما يفيد صلاحية إجراء نزع الأعضاء البشرية وزرعها فى جسديهما، فإن كانت هذه العملية محمودة العواقب أتمها، وإلا فلا.

٥- يتحمل المسئول عن الضرر تكاليف إجراء هذه العمليات، كما يسقط حق المتضرر فى المطالبة بالتعويض النقدى حال فشل عملية النقل أو الزرع.^(١)

(١) راجع فى ذلك تفصيلاً: د. شوقي عمر أبو خطوة، القانون الجنائى والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط٢، مطبعة جامعة المنصورة، ١٩٩٤م، ص ٢٤.

ولقد شجع للتطور المذهل والسريع فى عمليات زرع الأعضاء البشرية المحاكم، على الحكم بالتعويض العينى لإصلاح الضرر للمادى الجسدى. فقد جاء فى قرار للمحكمة العليا فى ألمانيا أنه « يقضى بالتعويض للمتضرر بأن يرد الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر، فى حالات الاعتداء العمدى على الكيان الجسدى، وكان بالإمكان طبيا، إذا خلا الأمر من خطورة حقيقية على المسئول والمتضرر »^(١). كما حكم للقضاء الألمانى فى قضية ملخصها: قيام أحد الأشخاص بضرب الآخر على عينه مما أحدث بها تمزقا فى شبكية العين، وطالب المتضرر بالتعويض العينى، وتم نقل الشبكية من عين المسئول عن الضرر إلى المتضرر بنجاح تام. كما حكم بنقل وزراعة الكلية من الجانى لإنقاذ المجنى عليه لسبب تعرض الأخير للضرب المتعمد من الجانى.^(٢)

وإذا كان بالإمكان التعويض العينى عن الأضرار الجسدية المادية، فلن ذلك يتفق مع العقوبة، متى حكم بها كذلك، غير أن الذى يميز التعويض العينى المادى فى هذه الحالة عن العقوبة هو إمكانية تقديم هذه الأعضاء أو الأطراف من غير المسئول وذلك على نفقة المسئول، وهو ما يحدث غالبا، متى كان ذلك ممكنا وجائزا شرعا وقانونا، كما فى حالات نقل أعضاء من المتوفى

(١) مشار إليه فى المرجع السابق.

(٢) أشار الدكتور / صام الأهوانى إلى هذه الأحكام، المرجع السابق، ص ٦٢.

حديثاً، أو المحكوم عليهم بالإعدام، شريطة توافر الشروط القانونية والمرعية لعملية النقل هذه.^(١)

وأرى أن هذا النوع من التعويض العيني، متى كان جائزاً، يحقق العدالة، ذلك أن الكيفية التي طبق فيها فقهاء المسلمين القصاص في الأضرار الواقعة على ما دون النفس، تتفق تماماً مع ما ذهب إليه فقهاء القانون في هذا الشأن، بل إن أغلب الشروط التي نص عليها فقهاء القانون لإجازة ذلك مطابقة تماماً لتلك التي وضعها فقهاء المسلمين في هذا الشأن^(٢)، وإذا كان الأمر في القصاص يحقق العدالة والزجر والردع، فإن القول بذلك من الناحية القانونية يحقق إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل الإصابة الجسدية، وفي هذا العمل درء للمفسدة التي تلحق بالمتضرر، ولهذا كان التعويض العيني المادى في هذه الحالة جائزاً ومحققاً للعدل الذى توخاه فقهاء المسلمين.

غير أنه إذا كان التعويض العيني عن الضرر الجسدى المادى مستحيلاً، كما لو اختلف أحد الشروط السابقة، فإن المتضرر يعمد إلى المطالبة بتعويض نقدى، ويتحقق ذلك - غالباً - بالنسبة للأعضاء أو الأطراف التي لا يجوز نقلها. فاليد التي قطعت،

(١) راجع فى ذلك تفصيلاً : د. عبد الحميد الأنصارى، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية فى الشريعة والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، ط ١، دار الفكر العربى، ٢٠٠٠م، ص ٤١ وما بعدها.

(٢) راجع فى ذلك : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكمانى، ج ٧، ط ١، القاهرة، ص ٣٠٨ وما بعدها، د. على الخفيف، الضمان فى الفقه الإسلامى، دار الفكر العربى ١٩٩٧م، ص ١٩٣ وما بعدها، وانظر كذلك : د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامى وأصوله، دار الفكر ١٩٩٦م، ج ٦، ص ٣٥٦ وما بعدها.

والساق التي بترت نتيجة حادث سيارة، أو فعل ضار غير مشروع، لن توصل ولا يمكن إعادتها إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، كما أن العين التي فقئت لن يعود إليها نورها وإبصارها.^(١)

ومعنى هذا أن التعويض العيني المادى فى هذه الحالات ليس إلا تعويضا ناقصا، لأن زراعة وتركيب مثل هذه الأطراف والأعضاء لا يؤدى إلى إزالة الضرر وإصلاح الإصابة الجسدية التى لحقت بالمتضرر، كما أن هذه الأعضاء قد تكون قاصرة على أن تؤدى الوظيفة الجسدية للعضو الأصيل المتضرر. ولكن يمكن التغلب على هذه الصعوبة بإجازة الجمع بين إجراء العملية الجراحية للحد من العجز الدائم. باعتبار إزالة الضرر مستقبلا، كتعويض عيني عن الضرر الجسدى، وبين إعطاء المتضرر مبلغا من النقود، كتعويض بدلى عن قصور التعويض العيني المادى عن إزالة الضرر كلية. ويستطيع القاضى أن يستعين بأهل الخبرة من علماء الطب وهو بصدد تقريره لهذا التعويض أو ذاك.^(٢)

وبهذا يتضح لنا أن التعويض العيني قد يكون ماديا فى حالات عديدة، لعل أبرزها إمكانية ذلك فى حالتى المسؤولية والضرر الجسدى، على نحو ما فصلت، ويبقى التساؤل قائما حول مدى إمكانية التعويض العيني فى صورته الأخرى، وهى التعويض العيني المعنوى، وهو ما سنفرده له المطلب التالى.

(١) د. عبد الحى حجازى، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة، ١٩٥٣، ص ٥٠٦، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٤٨٢.

(٢) د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٤٠٥.

المطلب الثاني:- التعويض العيني المعنوي:-

رأينا فيما سبق أن التعويض العيني المادى إنما يكون جبرا لضرر يمكن تقديره، ولذا كان التعويض فيه ماديا، سواء تعلق هذا الضرر بالأشياء أو الأموال أو الكيان الجسدى الذى يقبل التقدير - كما هو الحال فى الأعضاء والأطراف - على نحو ما ذكرت. فإذا كان الضرر يصعب تقديره أو لا يجوز أن يكون قابلا للتقدير فإن التعويض عنه هو الآخر لا يكون خاضعا للتقدير، فجبّره حينئذ يكون معنويا بحتا، وهو ما يدعونا إلى معرفة مدى جواز التعويض فى هذه الحالة، إذا كان معنويا، لجبر ضرر غير مادى.

يمكن القول بداية أن الضرر المعنوى، ما هو إلا ضرر لا يصيب المضرور فى نمته المالية، وإنما يصيبه فى نمته الأدبية، ولذا فإنه يطلق عليه اصطلاح الضرر الأدبى. فهو إخلال بمصلحة غير مالية، ولهذا فإنه يصعب تقدير تعويض مالى عنه، ولا يزيله هذا التعويض^(١) وإنما يقصد به إعطاء المضرور ترضية تخفف عنه الضرر. ذلك أنه يصيب الشخص بخسارة أدبية نتيجة المساس بمعنوياته المتعددة، والتى بتعددتها وتنوعها تتعدد صور الضرر وأنواعه.^(٢)

فقد يتحقق الضرر الأدبى استقلالا نتيجة الاعتداء على معنويات الأفراد، كالقذف والسب والتشهير، وهذا النوع من الضرر يمس الجانب الاجتماعى للنمة الأدبية. كما قد يتحقق الضرر الأدبى فى الاعتداء على الحقوق اللصيقة بالشخصية،

(١) نقض مدنى فى ١٩٩٤/٣/٣٠ (الطعن رقم ٣٦٣٥ لسنة ٥٩ ق) مجلة

القضاء، ص ٢٧، ع ١، ص ٢٨١.

(٢) د. إبراهيم تلمسوقى أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٣٩.

والتي تتميز بقيمتها الأدبية غير المالية، كالضرر الذي يلحق بالاسم واللقب أو العلامة التجارية. فهذه كلها حقوق معترف بها للشخصية القانونية.

وعلى هذا فإنه يمكن التفرقة في الضرر الأدبي بين نوعين:
الأول: ضرر أدبي يتصل بضرر مادي، كما هو الشأن في حالة الاعتداء على الشرف والسمعة، وما يترتب على ذلك من فقد المضرور لعمله نتيجة لتلوّث سمعته، أو إصابة الجسم في حادثة يترتب عليها تشويه، يصاحبه نقص في القدرة على العمل. والثاني: ضرر أدبي مجرد من أى ضرر مادي، كالألم الذي يصيب الوالدين في عاطفتها بسبب فقد طفلها. (١)

ولأن الضرر الأدبي يصيب معنويات الإنسان وقيمه غير المالية، فإنه يصعب تقدير التعويض المقابل له، إذ تستعصى نتائجه وأثاره على التقدير المالي، ويتعذر تقييمها بالنقود. إلا أنه يكون مناقضا للمنطق، ومخالفا للضرورات الاجتماعية أن تعجز المسؤولية المدنية عن حماية القيم الأدبية غير المالية، على الرغم من أنها هي الأكثر أهمية في غالب الأحيان، بل والأكثر حاجة للرعاية والحماية لدى الإنسان، بالإضافة إلى أن الفعل الخاطئ - غير المشروع - الذي أحدث هذا الضرر، بالاعتداء على شخصية

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق ص ٣٤٧، د. حمدي عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٣٤، ونظر كذلك: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٧٧٧، حيث ذكر أن الضرر الأدبي يستتبع ثلاثة أنواع من الألام، هي الألام الجسدية، والألام النفسية، والألام التي تصيب العاطفة والشعور والحنان، نقض مدني في ١٨/١/١٩٨٥ (الطعن رقم ١٣٦٨ لسنة ٥٠ ق).

الإنسان وقيمته الأدبية، يمثل - ولا شك - اعتداءً صارخاً على روح القانون والشعور به لدى المتضرر وغيره. (١)

لهذا فقد احتل الضرر الأدبي مكاناً خاصاً في نظرية المسؤولية المدنية، واختلف الفقه في أساس تعويضه بين ترضية المتضرر وعقوبة أو ردع المسئول. هذا الخلاف يحمل غالباً على الحكم بالتعويض النقدي عن الضرر الأدبي، إلا أننا نجد هنا صداً للتعويض غير النقدي، وخاصة التعويض العيني.

وقبل أن نتطرق إلى معرفة التعويض العيني عن الضرر الأدبي، يجدر بنا أن نتساءل عن مبدأ التعويض بصفة عامة عن الضرر الأدبي، حيث تردد الفقه والقضاء في بادئ الأمر حول التعويض عن الضرر الأدبي، مستندين في ذلك إلى أن هذا الضرر يمس جانباً غير مالى، وبذلك فإنه لا يسبب خسارة مالية، فلا يمكن التعويض عنه مالياً، يضاف إلى ذلك أن الاعتبارات الأخلاقية والعرفية تمنع على الإنسان أن يثرى على حساب عواطفه وكرامته، مع العلم أنه من الصعوبة بمكان تقدير الضرر الذى يصيب السمعة والاعتبار، وبذلك يكون التعويض تحكيمياً. (٢)

هذا. وقد أثار التعويض عن الضرر الأدبي جدلاً قديماً في فرنسا، خاصة بالنسبة لأضرار الأكم النفسى والحزن الذى يدعيه شخص من جراء موت شخص عزيز عليه، سواء فى إطار المسؤولية العقدية أو المسؤولية غير العقدية (٣)، كموت المسافرين فى حادث أثناء تنفيذ عقد النقل، أو موت المريض فى العقد الطبى، فقد

(١) د. إبراهيم النسوى أبو الليل، المرجع السابق، ص ١٢٢.

(٢) المستشار / أحمد الحمادى، المرجع السابق، ص ٢٢٢.

(٣) د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٣٥.

نازع البعض، إبان القرن التاسع عشر في فرنسا، في مشروعية مثل هذا التعويض، وذلك استنادا إلى أن التعويض النقدي عن ضرر الحزن والأسى المدعى به، لا يجدى شيئا، ولا يعد تعويضا بالمعنى القانوني، فالنقود لا تعيد الحياة للمتوفى بطبيعة الحال، كما أنها ليست وسيلة لرفع الأسى والحزن. يضاف إلى ذلك أن هناك صعوبة في تقدير ما يكفى لمثل هذا التعويض، فكيف يمكن تقدير خسارة الابن أو الأب، أو الأخ الشقيق بمبلغ من المال.

. ورغم وجاهة هذه الاعتراضات نظريا إلا أنها لم تصمد أمام الدفاع عن التعويض عن الضرر الأبدى، ذلك أن صعوبة تقدير الضرر بمعيار مالى لا يجوز أن يحرم المضرور من تقدير يمثل الحد الأدنى من التعويض الذى يستحقه عما عاناه من ألم وحزن، خاصة وأن التعويض عن الضرر المادى ليس خاضعا - بدوره - دائما لتقدير صحيح تماما، بل قد يكون بدوره صعب التقدير، فمثلا من يفقد مخطوطا أثريا أو نادرا يتعذر أن تقدر معها الضرر المادى الذى لحق به على نحو صحيح، ولكن هذه الصعوبة لا تحول دون الحكم بالتعويض. أما أن حياة المتوفى لا يمكن أن تحسب خسارتها الأدبية ماليا، أو ترجمة الألم الناشئ عنها ماليا، فهذا بدوره منطوق ينبغى ألا يحول دون التعويض الذى يستهدف تخفيف الألم، ويحمل معنى المواساة والمساعدة على تجاوز الحزن والأضرار النفسية. (١)

(١) راجع فى ذلك : د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص ٥٣٥ وما بعدها، حيث أشار سيانته إلى الوضع القائم فى فرنسا تفصيلا.

ولهذا فقد أخذ الفقه والقضاء شيئاً فشيئاً نحو اتجاهه تقدير مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي، على الرغم من أنه لا يمكن تقييم الألم النفسى، إذ أن هذه الألام النفسية إنما هي تعقيلات سيكولوجية لا يعرف كثيراً من آثارها حتى على المتخصصين، وإزاء هذا الوضع لا يمكننا إلا الاستسلام لمبادئ العدالة فى إعادة التوازن إلى المراكز المالية والنفسية السابقة على إحداث الضرر وذلك قدر الإمكان.

وقد أخذ القانون الرومانى بمبدأ التعويض عن الضرر الأدبي فى حالات كثيرة ، دون تفرقة بين المسؤولية العقدية والتقصيرية^(١). أما شراح القانون الفرنسى للقديم فقد قصرُوا التعويض عن الضرر الأدبي على حالة المسؤولية التقصيرية فقط، توهماً منهم أن هذا هو حكم القانون الرومانى، وعند وضع القانون الفرنسى الحديث، تناول المشرع مسألة الضرر بنص عام فى المادة ١٣٨٢ مدنى فرنسى، والتي أجازت التعويض عن الضرر أياً كانت صورته، أى سواء كان مادياً أو أدبياً. هذا ولم تثر مسألة التعويض عن الضرر الأدبي خلافاً فى القضاء الفرنسى، وإن اختلف الشراح الفرنسيون بشأنها^(٢)، فمنهم من قصر التعويض عن الضرر الأدبي الذى يترتب على جريمة جنائية، ومنهم من يفرق بين الضرر الأدبي المحض، والضرر الأدبي المتصل بضرر

(١) راجع : د. حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ٥٣٤. حيث يرى سيانته أن التعويض عن الأضرار الأدبية أكثر تصوراً فى نطاق الفعل الضار عنها فى المسؤولية العقدية.

(٢) راجع : د. أنور ملطان، المرجع السابق، ص ٣٤٨. د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٧٨٠.

مادى، ويرفض التعويض عنه فى الحالة الأولى ويجيزه فى الحالة الثانية، ومن الفقهاء من يرفض التعويض عن الضرر الأدبى بصفة مطلقة، وذلك على أساس أن التعويض عن هذا الضرر متعذر، إذ أن هذا الضرر بطبيعته غير قابل للتعويض، وحتى إذا كان قابلاً له، فإن التعويض فيه يستعصى على التقدير. (١)

أما فى مصر فقد جاء نص المادة ٢٢٢ مدنى لتقرر حلاً وسطاً ومعتدلاً بين رفض التعويض عن الضرر الأدبى مطلقاً أو إجازته مطلقاً، حيث نصت على أن « يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً، ولكن لا يجوز فى هذه الحالة أن ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء. ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب ».

ويتضح من هذا النص أن المشرع وضع حكمين فى شأن التعويض عن الضرر الأدبى. الأول: هو تقدير حق المضرور فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الأدبى الذى لحقه شخصياً، وهو ما يتفق مع مبدأ أن التعويض يشمل الضرر الأدبى والضرر المادى، فإذا ما اتفق المضرور مع المسئول على قدر التعويض، أى تحدد التعويض رضاء، أو قضى له بحكم قضائى، فإن قدر التعويض يعد ضمن تركة المتوفى، ويجوز للورثة - بناء على ذلك - أن يطالبوا المسئول به، باعتباره جزءاً من للتركة، إما إذا عاجلت الوفاة المضرور قبل الاتفاق على التعويض عن الضرر الأدبى أو قبل الحصول على حكم قضائى به، فإن الورثة لا يستطيعون المطالبة به إلا إذا كان مورثهم قد رفع به - على الأقل - دعوى

(١) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٤٧ وما بعدها.

أمام القضاء، حتى ولو لم يكن قد حكم فيها، وهذا ما أكدته محكمة النقض. (١)

والثاني:- يتعلق بالتعويض عن الضرر الشخصى المباشر الذى يلحق غير المضرور من جراء موته حيث أن التعويض عن الضرر الأبدى - وفقا لنص هذه المادة - لا يجوز إلا للأزواج والأقارب حتى الدرجة الثانية، وبالتالي لا يجوز لغيرهم أن يطالبوا بتعويض عن الضرر الأبدى المتمثل فى الألم الناتج عن موت المضرور. (٢)

ولا يقصد بالتعويض عن الضرر الأبدى - هنا - محو هذا الضرر أو إزالته من الوجود. إذ هو نوع من الضرر لا يحى ولا يزول بتعويض مادي، ولكن يقصد به أن يستحدث المضرور لنفسه بديلا عما أصابه من الضرر الأبدى، فبالخسارة لا تزول، ولكن يقوم إلى جانبها كسب يعوض عنها. (٣)

(١) حيث قضت بأن « التعويض عن الضرر الأبدى عملا بنص المادة ١/٢٢٢ مدنى لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب به الدائن أمام القضاء، فإذا كانت الطالبة لم تدع وجود اتفاق على تحديد هذا التعويض، كما أن مورثها لم يطالب له أمام القضاء قبل وفاته، فإنه لا ينتقل إلى ورثته ومن ثم لا يجوز لهم المطالبة به » نقض مدنى فى ٢٢ فبراير ١٩٧٧ (مجموعة أحكام النقض، س ٢٨، ص ١١٣).

(٢) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٤٤٨ وما بعدها. د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٢٨ وما بعدها، وانظر : نقض مدنى فى ١٣/٣/١٩٨٣ (الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٥٢ق)، نقض مدنى فى ٣٠/٤/١٩٦٤ (مجموعة أحكام النقض، س ١٥، ص ٦٣١).

(٣) نقض مدنى فى ١٥/٣/١٩٩٠ (مجموعة أحكام النقض، س ٤١، ص ٧٦٢).

وإذا كانت التشريعات الحديثة قد أقرت مبدأ التعويض عن الضرر الأدبي فإن تساؤلا يثور في الأذهان عن مدى إمكانية أن يكون هذا التعويض عينا وبصورة معنوية لجبر ضرر معنوي، أم لا ؟ باعتبار أن التعويض العيني - هنا - ما هو إلا ترضية للمضروب، وبصورة معنوية، مما يزيل عنه الألم النفسي الذي ألم به، غير أن الإجابة على هذا التساؤل تضعنا أمام تساؤل آخر مفاده: هل القضاء بنشر الحكم الصادر في دعاوى السب والقذف والتشهير بتكذيب ذلك، أو الحكم الصادر في دعاوى المنافسة غير المشروعة والمتضمن العمل على إزالة هذه المخالفة، ونشر مثل هذه الأحكام على نفقة المسئول يعد من قبيل التعويض العيني ؟ ومن ثم يكون التعويض معنويا.

لقد كانت هذه المسألة محل اهتمام الفقه، حيث اختلف بشأنها على النحو التالي:-
ذهب رأى إلى أن القضاء بنشر الحكم في هذه الدعاوى على نفقة المدعى عليه، يعتبر تعويضا غير نقدي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى، بل يعد الحكم بالمصروفات على المدعى عليه بمثابة التعويض الكافي عن الضرر الأدبي الذي أصاب المدعى، وهو تعويض غير نقدي، لأن الملحوظ فيه هو المعنى الذي يتضمنه. (١)

واتجه رأى آخر إلى اعتبار هذا النشر تعويضا عينيا ناقصا، لأنه لا يتضمن مفهوم التعويض العيني الكامل، إذ لا يوجد ما يدل

(١) د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٥٠٦، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف ٤٥٠، ص ٣٨٠، وانظر كذلك : مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٣٩٧.

على أن الذين سمعوا بواقعة القذف أو علموا بالمنافسة غير المشروعة جميعهم، قد علموا بالحكم الذى أمر القاضى بنشره . لذا فإنه ليس من شأن هذا النشر أو الإعلان أن يمحو الضرر بإزالة الكذب الذى نسب إلى المضرور.^(١)

فى حين ذهب رأى ثالث إلى اعتبار الأمر بنشر الحكم أو إذاعته تعويض عينى معنوى أفضل منه مادى، إذ يقصد به محو الضرر الذى نجم عن القذف أو إيذاء السمعة العامة، وذلك بإحاطة الناس علما بكذب ما نسب إلى المضرور، وإزالة الضرر - مستقبلا - الذى نجم عن الفعل الضار.^(٢)

ونحن نرى أن هذا رأى الأخير هو الراجح - من وجهة نظرنا على الأقل -، لأن التعويض فى هذه الأحوال يعتبر عينيا، بل هو الأفضل فيما يخص الأضرار التى تمس الجانب الاجتماعى، وخاصة إذا رافق هذا الحكم الأمر بنشر الحكم على نفقة المسئول. حيث لا يعتبر ذلك تعويضا عينيا ناقصا ولا تعويضا غير نقدى، إذا كان نشر الحكم فى ذات الصحيفة التى نشرت القذف والسب أو

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج ١، ص ٥٠، د. إدوارد غالى، اختصام القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية، ط ١، المعرفة، ١٩٦٤، ص ٦٠، حيث أشار سيادته إلى أن القضاء المصرى اتجه إلى الأخذ بهذا رأى، باعتبار أن نشر الحكم فى الجرائد بمثابة تعويض عينى لجزء من الضرر الأدبى الذى لحق طالب التعويض من أثر وقائع القذف والبلاغ الكاذب.

(٢) د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ٥٢٨، د. عبد المنعم البناوى، المرجع السابق، ص ٦٦، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ف ٣٨٢، ص ٤٠٦، د. عاطف النقيب، المرجع السابق، ص ٣٨٥، د. محمد صبرى الجندى، المرجع السابق، ص ٥٦٦،

الخبر الكاذب، أو كان النشر في صحف ذات انتشار واسع ليكون نشر التكميز أوسع من انتشار الضرر الأدبي. كما أنه ليس تعويضا نقديا، لأن المقصود هو التعويض العيني بتخصيص الحكم الذي رد اعتبار المتضرر. وأيضا فإن نشر مثل هذا الحكم - وبهذه الطريقة - يعتبر نوعا من الإنذار والتخويف للآخرين بهدف ردعهم عن ارتكاب فعل مشابه، وسوف يصل النشر بذلك إلى علم أشخاص قد لا يعلمون بالخطأ، وعندئذ يجد المسئول نفسه محلّ لوم من الجميع، الذين علموا والذين لم يعلموا في غالب الأحيان. مما يعدّ ذلك طريقة مثلى للتعويض العيني المعنوي. وليس أدل على ذلك من أن التعويض النقدي في هذه الحالات لا يجوز للأسباب الآتية:-

١- فكرة الترضية المالية التي يقوم عليها تعويض الضرر الأدبي مستبعد كلية عن فكرة التعويض، ولا تهتم بمساعدة المتضرر على التغلب على حزنه، ولذلك فهي بقدر ما تبتعد عن فكرة التعويض تقترب من فكرة العقوبة، إذ لا تهدف إلى جبر الضرر، وإنما إلى كظم الغيظ وتخليصه من الشعور بالحدق والكرهية والحاجة إلى الانتقام، خاصة عندما ينسب إلى المسئول خطأ جسيم، أو عندما تكون العواقب وخيمة.

٢- إن الضرر الأدبي من طبيعة مالية، وطلب تعويضه ماليا يبدو مجافيا للمنطق، إذ أن دور التعويض الأساسي هو جبر الضرر وإزالته، والحصول على مال ليس من شأنه إزالة الضرر الأدبي ولا جبره، فهو من طبيعة مختلفة عنه، فطلب إحلال المال محلّ الأكم مثلا هو مبادلة في غير محلها، لتباين العناصر الداخلة

فى كل منها واختلاف قيمتها ، والأصل أن التعويض يكون أعدل ما يكون عندما يكون من جنس ما حدث من ضرر .

٣- إن طلب مبادلة الضرر الأدبى بالنقود أمر لا يخلو من إسفاف ، فطالب التعويض بالنقود من جراء الألم ، هو شخص يتاجر بدموعه ، وليس للإنسان أن يثرى على حساب عواطفه وكرامته . (١)

٤- كيف يمكن للقاضى أن يقدر الضرر الأدبى ويعوض عنه ماليا ؟ إذ لو فعل ذلك لكان تشجيعا للمتاجرة بألم النفس ، وإثقالا على مرتكب الفعل الضار ، إن هو أجزل التقدير ، فإن خفف التعويض ، عد ذلك استخفافا بمشاعر الناس وعواطفهم .

ولهذه الأسباب وغيرها لم يكن مقبولا أن يتم التعويض عن الضرر الأدبى - بعد أن سلمنا بذلك - بالنقود ، فلم يبق إلا أن يكون التعويض - فى هذه الحالة - عينا . ولما كان الضرر الأدبى يتمثل فى آلام المتضرر ومشاعره ، فإن التعويض عنه يكون هو الآخر معنويا ، لأنه ينتج آثاره فى مشاعر المتضررين والآلمهم . مما يخفف عنهم الألم والحسرة من جراء فعل المسئول . وكما يقال: يعتبر التعويض العينى المعنوى علاجا ناجعا لمعنويات المتضررين مما يرفع عنهم ما شعروا به نتيجة فعل المسئول ، فيعد التعويض العينى المعنوى ترضية أدبية للمضرور يمحو عنه حزنه الداخلى ، ويزيل آلامه مما يعوضه عن الفعل الذى يبقية معرضا أو محلا للشك من الآخرين ، وذلك كله بواسطة حكم القاضى الصريح الذى

(١) د . عبد المنعم فرج الصدة . نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، ١٩٧٨ ، ف٤٦٩ ، المستشار / أحمد حسن الحمادى ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

أعلنه في الصحف . وقد يكون في ذلك كفاية لكل من يتعرض للضرر في سمعته أو مركزه الاجتماعي من جراء مقال لصحفي افتراء ، حيث يأتي نشر الحكم الذي يدين الصحفي في الصحف ، على أنه تعويض أدبي من جنس ما فعله هذا الصحفي .^(١)

وبناء على ذلك فإننا ندعو القضاء إلى الحكم بالتعويض العيني في كل مرة يكفى هذا التعويض لجبر الضرر، وإعادة إصلاح الضرر الأدبي ، وذلك حتى تقضى المحاكم على روح الكسب المالي تحت طائلة الترضية المزعومة . فالتعويض العيني لا يتضمن أية زيادة للتعويض المفروض على المسئول ، وبالتالي لا يمثل إثراء للمتضرر . وعلى الرغم من أن ذلك قد لا يلئم رغبة المتضرر - في بعض الأحيان - إلا أنه يكون أكثر ملائمة لطبيعة الضرر ، فيكون تعويض معنوي لضرر أدبي (معنوي) .

وتبرز عادة صورة التعويض العيني المعنوي عند التعسف في استعمال الحق ، أو لدى الإخلال بواجب عدم الإضرار بالغير ، كما هو الحال بالنسبة للحكم بإتلاف العلامة التجارية المزيفة^(٢)، شأنه في ذلك شأن الحكم بنشر حكم القاضي الجابر للضرر في دعاوى السب والقذف على نحو ما أسلفنا . وهكذا يتضح لنا نوعي التعويض العيني المادي منه والمعنوي ، يبقى لنا أن نتعرف على نطاقه ، وهو ما نورد له المبحث الثالث :

(١) د . عبد المجيد الحكيم ، مصادر الالتزام، المرجع السابق ، ف ٨٥٩ ، ص ٤٧٨ .

(٢) د . عبد المنعم فراج الصدة. المرجع السابق ، ص ٦٢٥ .

المبحث الثالث

نطاق التعويض العيني

تمهيد وتقسيم :-

يثير نطاق التعويض العيني فكرة المجال الذى يعمل فيه هذا النوع من التعويض. ذلك أن نص المادة ٢١٥ مدنى^(١) التى تحدثت عن المسؤولية العقدية أطلقت لفظ التعويض دون تحديد، فلا يبدو - من خلالها - أن الأمر محتّم بأن يكون التعويض نقدا، كما أنه ليس فى المبادئ العامة ما يبرر منع القاضى من الحكم بتعويض عيني، إذا طلبه الدائن، ورأى القاضى أن إجابة هذا الطلب أنسب فى تعويض الضرر. ومن ناحية أخرى نجد أن المشرع قد أجاز صراحة التعويض العيني فى المسؤولية التقصيرية، وذلك عندما نص فى المادة ٢/١٧١ على أنه « يجوز للقاضى، تبعا للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض »، ولا مبرر أيضا لجعل هذا النص قاصرا على المسؤولية التقصيرية، حيث يجوز تطبيقه بالقياس على كل حالة يكون فيها إخلال بالتزام ولو كان عقديا.^(٢)

ولما كان التعويض العيني يجد مجال إعماله فى كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، إلا أن هناك تفاوتاً فى إعماله فى كل منهما. حيث يرى البعض^(٣) أن التعويض النقدي هو

(١) تنص المادة ٢١٥ مدنى على أنه « إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينيا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء، ما لم يثبت أن استحالته التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين فى تنفيذ التزامه ».

(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق ف٤٦، ص ١٠٩.

(٣) د. عبد الوود يحيى، المرجع السابق، ف٢٦٩، ص ٤٠٨. د. جلال العلوى، المرجع السابق، ف٩٩٥، ص ٤٨٩، د. السنهورى، آثار الالتزام. المرجع السابق، ف٤٧١، ص ١١٠٦، راجع تردد الدكتور عبد المجيد -

الأصل، ومن ثم لا يجوز للقاضي أن يحكم من تلقاء نفسه بأداء أمر آخر على سبيل التعويض، وإنما يجب أن يكون ذلك بناء على طلب المضرور، كما أن الحكم بشئ آخر غير النقود هو أمر جوازي للقاضي، فقد يطلب المضرور تعويضا عينيا، ومع ذلك يجوز للقاضي ألا يجيبه إلى طلبه، ويقتصر على الحكم بتعويض نقدي، فالقاضي يقدر التعويض عادة بمبلغ من النقود، سواء في ذلك المسؤولية العقدية أو المسؤولية التقصيرية.

بينما ذهب آخرون إلى أن التعويض العيني (التفويض العيني) هو الأصل في المسؤولية العقدية، وعلى النقيض لا يكون لهذا الضرب من التعويض إلا منزلة الاستثناء في نطاق المسؤولية التقصيرية، وذلك عند من لا يرى فارقا بين التنفيذ العيني والتعويض العيني، حيث يقع هذا التعويض كثيرا في المسؤولية العقدية، أما في المسؤولية التقصيرية فيمكن كذلك في قليل من الفروض، فالتعويض العيني يكون عادة ممكنا بالنسبة للالتزامات العقدية، أما بالنسبة للمسؤولية التقصيرية فيتصور الحكم، بالتعويض العيني في بعض الحالات. (١)

الحكيم في هذا الشأن إذ يرى أن التعويض دائما يكون بمبلغ من النقود (أحكام الالتزام، المرجع السابق، ص ١٥) في حين أنه قرر سابقا أن التعويض العيني بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر هو الطريقة المثلى للتعويض، وعند استحالة تلجأ للتعويض النقدي (مصادر الالتزام ١٩٦٣، ص ٤٧٧).

(١) د. السنهوري، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ٦٤٣، ص ٦٤٣، ص ١٣٥٤، د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٨١٨، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٨٠.

وقد ذهبَت محكمة النقض المصرية إلى أن التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصادر إلى عوضه، أى التعويض النقدي، إلا إذا استحال التعويض عينياً. (١)

وإزاء هذا التفاوت في مجال أعمال التعويض العيني باعتباره الطريقة المثلى لجبر الضرر، وما إذا كان أصلاً في المسؤولية العقدية أم في المسؤولية التقصيرية، أم أن نطاق تطبيقه في المسئولتين على حد سواء. كان لزاماً علينا أن نلقى الضوء على نطاق أعمال التعويض العيني في كل من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، وهو ما نفرد له المطلبين الآتيين :-



(١) نقض مدني في ١٦/١٢/١٩٤٨ (مجموعة عمر، ج ٥، ص ٦٨٢)، نقض مدني في ٢٩/١٢/١٩٧٩ (مجموعة أحكام النقض، س ٣٠، ص ٤١٣).

المطلب الأول

نطاق التعويض العيني في المسؤولية العقدية

تعنى المسؤولية العقدية، التزام المتعاقد الذى أحل بالتزامه العقدى بأن يعوض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر، ويتحقق هذه المسؤولية - متى توافرت شروطها - أيا كانت صورة الإخلال، أى سواء عدم التنفيذ، أو التأخير فيه، أو للتنفيذ المعيب^(١)، فهى الجزاء الذى يربته القانون على إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه العقدى، وتعد أثراً للالتزام العقدى لا مصدراً له وتنشئ شغل ذمة المدين بالتعويض.

والسؤال الذى يطرح نفسه هل يصح أن يكون التعويض فى حالة إخلال كهذا عينياً؟ وضح من العرض السابق فى التمهيد لهذا البحث إمكانية التعويض العيني فى نطاق المسؤولية العقدية، غير أن هذه الإمكانية متأرجحة بين كونها أصلية فى هذا النوع أو هى قليلة فيه، لكنها - على أية حال - ممكن وجودها فى المسؤولية العقدية عموماً. ويمكن توضيح ذلك فى القانون الفرنسى، ثم فى القانون المصرى وذلك على النحو التالى :-

أولاً :- التعويض العيني فى المسؤولية العقدية فى القانون الفرنسى :-

أقر القانون الفرنسى مبدأ التعويض للعيني فى نطاق المسؤولية العقدية، إذ قررت المادة ١١٤٢ منه على أن « كل التزام بعمل، أو

(١) د. حمدى عبد الرحمن، الوسيط، المرجع السابق، ص ٤٩٩، د. أنور سليمان، المرجع السابق، ف ٢٨٢، ص ٢٤٨، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٩٧، د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ف ٢١٦، ص ٢٤١.

بامتناع، يتحول إلى تعويض في حالة عدم تنفيذ المدين له» (١) والواضح من نص المادة هذه أن المشرع الفرنسي لم يستبعد فكرة التعويض العيني كلما كان هذا التعويض أقرب إلى العدالة من التعويض النقدي، فقد يكون التعويض - في المسؤولية العقدية - أمر آخر يراه القاضى أكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، وأن هذه المادة - على الرغم من أنها لا تستبعد التنفيذ العيني الجبرى - إلا أنها لا تهدف إلا إلى استبعاد اللجوء إلى الإكراه البدنى، ومن ثم إذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً، لم يكن أمام القاضى سوى الحكم بالتعويض العيني، ويكون قراره هكذا فى كل مرة يكون هذا التعويض متفقاً مع مقتضيات العدالة.

ويلاحظ أن القضاء الفرنسى كان يحكم بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المدين التزامه العدى اختياراً وذلك تطبيقاً لنص المادة ١١٤٢ مدنى فرنسى، إلا أنه ما لبث أن عدل موقفه، فانتهج سبيلاً آخر يختلف عما سبق - فقد عبر القضاء الفرنسى عن التعويض بغير النقود عند الإخلال بالالتزام التعاقدى. فقد ذهبت محكمة الموضوع إلى الحكم بتمديد عقد الإيجار إلى أن يتم تنفيذ الترميمات المفروضة على المستأجر، والتي امتنع عن القيام بها. ولكن المستأجر طعن فى الحكم على أساس أن حكم محكمة الموضوع بتمديد عقد الإيجار أدى إلى نشؤ التزام جديد فى ذمته (المستأجر)، وأنه ليس للمحكمة أن تنشأ هذا الالتزام لأنه يعتبر خرقاً للمادة (١١٤٢ مدنى فرنسى) والتي تلزم المدين بالتعويض عند عدم التنفيذ. وقد قبلت محكمة النقض الفرنسية طلب الطعن مقررّة أنه لا يجوز

(١) مشار إليها : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج ١، ف ١١، ص ٥٢.

الحكم سوى بالتعويض النقدي عند عدم تنفيذ المستأجر لالتزامه بالقيام بالترميمات المفروضة عليه وفقا لنصر المادة المذكورة. بل إنها ذهبت إلى أبعد من ذلك عندما قررت في حيثيات حكمها بأن قضاة الموضوع ليس لهم الحكم بتمديد عقد الإيجار، إذ لا يوجد نص في القانون يجيز لهم الحكم على خصم في الدعوى، تعويضا عن ضرر يسأل عنه، بالقيام بعمل لا يفرضه عليه العقد أو القانون ولا يريد القيام به. (١)

غير أن القضاء الفرنسي هجر هذه القاعدة، والتي يكون التعويض بمقتضاها نقديا تطبيقا للمادة ١١٤٢، وذلك إبان الحرب العالمية الثانية. إذ أجازت لقاضي الموضوع - إذ كان محل الالتزام، الذي استحاله تنفيذه بخطأ المدين، تسليم شيء - أن يأمر المدين بتسليم شيء مثله، وأن يعتمد إلى الغرامة التهديدية لحمله على تنفيذ أمره. ومن ثم قضت محكمة السين التجارية على المودع لديه برد مثل الأشياء المودعة، والتي سرقت بخطأ منه. (٢)

ويبدو لنا أن تغيير الموقف بالنسبة للقضاء الفرنسي إنما يستند على ضرورة التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني (٣). فإذا كانت المادة ١١٤٢ مدني فرنسي تهدف إلى منع الإكراه البدني لأجل تنفيذ المدين لالتزامه، إلا أنها ليست ذات أهمية كبيرة بالنسبة

(١) نقض فرنسي في ١٥ مارس ١٩٤٨ (دالوز، ١٩٤٨، ص ٣٤٦)، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج ١، ص ٥٣.

(٢) صدر هذا الحكم عام ١٩٤٧، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج ١، ص ٥٣.

(٣) راجع التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني سابقا، ص ١٨ من هذا البحث.

للحكم بالتعويض العيني. في حالة إلزام المدين بجبر الضرر الجاصل، لأن المادة ١١٤٣ مدنى فرنسى تعطى الحق للدائن فى طلب إزالة المخالفة^(١)، ولهذا كانت هذه المادة الأخير مختصة بالتعويض العيني فى نطاق المسؤولية العقدية. وهذا يعنى أن اللجوء إلى التعويض العيني وفقا لنص المادة ١١٤٢، لا يكون سوى طريقة ملائمة تسمح باستبعاد عدد معين من الحلول، مثل : الحكم بإلزام المدين بالتريميم يكون عبارة عن التزام جديد بالنسبة لالتزام العقدى الأصلى. وهو ما فسرهُ القضاء الفرنسى بأنه ما هو إلا تعويض عيني، كما هو الحال بالنسبة للحكم بنفقات إزالة الضرر، ويمكن تبرير موقف القضاء الفرنسى هذا بأنه أكثر استجابة للضرورات العملية التى يتطلبها المجتمع للمعاصر، وأكثر اتساقا مع العدالة لجبر ضرر المضرور.

وبهذا يتضح أن القضاء الفرنسى قبل التعويض العيني فى مجال المسؤولية العقدية، إلا أنه بعد قبوله بالتعويض العيني فى مجال المسؤولية العقدية، عاد فشدد فى التمسك بشروط نظرية الاثراء بلا سبب، ليحول دون الحصول على التعويض العيني. وذلك حين نقض قرار محكمة الموضوع الذى ألزم المستأجر بإعادة بناء البيت المحروق من جراء خطئه. مسببة قرارها بأن التعويض العيني بالحكم بالزام المستأجر بإعادة بناء البيت المحروق يعد سببا غير قانونى لإثراء الدائن (المؤجر) على حساب افتقار المدين (المستأجر)^(٢). غير أن هذا التوجه من القضاء الفرنسى إنما يستند

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٥٣.

(٢) مشار إليه : أ/ نصير صبار لفقة، المرجع السابق، ص ١٠٩.

- فيما يبدو - على ضرورة التفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني - كما سبق أن بينا - ، وأنه يقصر تطبيق نص المادة ١١٤٢ مدنى فرنسي على القاعدة التقليدية على الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل، أما إذا كان محل الالتزام الذى أستحال تنفيذه بخطأ المدين تسليم شيء ، فإنه يجوز للقاضي أن يأمر المدين بتسليم شيء مثله ، وأن يعمد إلى التهديد المالي لحمله على التنفيذ.

ثانياً :- التعويض العيني فى المسؤولية العقدية فى القانون المصرى :-

القاعدة العامة فى الالتزام التعاقدى هو تنفيذ الالتزام عيناً ما دام ذلك ممكناً، فمن حق الدائن أن يستأديه، ومن حق المدين أن يعرض القيام به (م ٢٠٣ مدنى مصرى)^(١)، ولهذا فإنه لا يجوز العدول عن هذا التنفيذ إلى طريق التعويض إلا بتراضى الطرفين. ذلك أن التعويض لا ينزل من التنفيذ العيني منزلة التزام تخييرى أو التزام بدلى، لأن رخصة العدول عن الوفاء عيناً إلى الوفاء بمقابل غير ثابتة لأى من المتعاقدين، سواء فى ذلك الدائن أو المدين، فمن واجب الأول أن يعرض الوفاء عيناً ومن واجب الثانى قبول هذا الوفاء، كما أن المدين لا يملك عرض العوض للنقدى ما بقى الوفاء للعيني ممكناً.^(٢)

(١) تنص المادة ٢٠٣ مدنى على أنه « يجبر المدين بعد إذاره طبقاً للمادتين ٢١٩، ٢٢٠ على تنفيذ لزامه تنفيذاً عينياً متى كان ذلك ممكناً، على أنه إذا كان فى التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً »، راجع تاريخ النص : د. المنهورى، آثار الالتزام، للمرجع السابق، ص ٩٩، هامش (١).

(٢) المستشار أنور العمروسى، المرجع السابق، ص ٦٤١.

وقد استثنى المشرع حالة واحدة من حكم قاعدة عدم جواز العدول إلى طريق التعويض ما بقى التنفيذ العيني ممكنا مقتنيا في ذلك بالتقنين الألماني، فأباح للمدين أن يعمد إلى التعويض النقدي، إذا كان يصيبه من وراء التنفيذ العيني ضرر فادح لا يتناسب مع ما يحق للدائن من جراء التخلف عن الوفاء عينا، وفي هذه الحالة لا يسوغ للدائن أن يطالب بالتنفيذ العيني، بل يقتصر حقه على المطالبة بأداء التعويض الواجب له. (١)

ولما كانت القاعدة العامة في الالتزام التعاقدى هو التنفيذ العيني، فإن إمكانية هذا التنفيذ ترجع إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ^(٢). فإذا استحال ذلك كان الحكم بتعويض نقدي وفقا للنص المذكور.

وإذا كان التعويض النقدي - بناء على ذلك - هو الأصل في المسؤولية العقدية، فإن المشرع أجاز التعويض العيني في نطاق هذه المسؤولية، حيث نصت المادة ٢٠٩ مدني على أنه « في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين، إذا كان هذا التنفيذ ممكنا. ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء » ويعنى ذلك أن التنفيذ من الدائن على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة، وبدون إذن في حالة الاستعجال، أن الدائن يحصل على تعويض عيني جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فهذا الوصف أو التسمية بالتنفيذ هو ما نطلق عليه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٥١٠ وما بعدها.

(٢) راجع : نقض مدني في ١٩٧٠/١٢/١٥ (مجموعة أحكام النقض م ٢١، ص ١٢٣٤).

إعادة الحالة إلى ما كانت عليه وذلك عند إزالة المخالفة، وهو ما يعنى حصول الدائن على التعويض العيني فى هذه الحالة. (١)

بل إن المشرع المصرى كان صريحا فى النص على التعويض العينى. فإذا كان التعويض العينى قد ذكر ضمنا فى نص المادة ٢٠٩ مدنى، فإنه ذكر صراحة فى نص المادة ٢١٢ مدنى، حيث نصت على أنه « إذا التزم المدين بالامتناع عن عمل وأخل بهذا الالتزام، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا فى أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين ». حيث يتضح من نص هذه المادة أن الأصل فيها هو التعويض العينى المتمثل فى إزالة المخالفة، ومن ثم يمتد هذا الأصل إلى كل حالة ينشئ فيها الإخلال بالالتزام حالة مستمرة، أى يكون الضرر - فى حالة المخالفة - مستمرا.

بيد أنه إذا كانت العلاقة التعاقدية قائمة - وأثناء التنفيذ - فإن اكتشاف العيب الخفى فيما بعد يثير التزاما جديدا بالضمان، مع أنه يرتبط بالعقد الذى أنشأ الالتزام الأصلى للتنفيذ، وعندئذ يكون التزام الضمان عبارة عن التزام بالتعويض العينى (الإصلاح)، كما هو الحال فى ضمان العين المؤجرة متى وجد بها عيب، إذا كان العقد

(١) من أمثلة ذلك م/ ٢٥٠/ ٢ مدنى إذ صرحت بأنه « إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه، جاز للدائن أن يحصل على شئ من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضى، أو دون استئذنه فى حالة الاستعجال، كما يجوز له أن يطلب بقيمة الشئ من غير إخلال فى الحالتين بحقه فى التعويض » وهو نص فى التعويض العينى، ومثله م ٥٦٨ (إيجار)، م ٥٧٧ (ضمان عيوب العين المؤجرة)، م ٦٥٠ (المقاوله)، م ١١٠١ (ضمان سلامة الرهن).

قائما^(١)، وفي ضمان سلامة الرهن بعد انعقاده^(٢). كما أن ضمان المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهم كلى أو جزئى فيما شيده من مباني أو أقاموه من منشآت ثابتة أخرى، ولو كان التهم ناشئا عن عيب فى الأرض ذاتها^(٣)، ليس إلا تعويضا عينيا طبقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٦٥١ مدنى وذلك وفقا للحالات الآتية :-

١- الالتزام بالضمان يعتبر التزاما مقررًا بنص للقانون استقلالا عن إرادة نوى الشأن (المهندس والمقاول)، ويكون إصلاح العيب فى هذه الحالة تعويضا عينيا يتمثل فى الحكم على المقاول أو للمهندس بإعادة البناء المتهم.

٢- فى أثناء مدة العقد وقبل التسليم، يكون الحكم بالإصلاح أو إزالة الضرر أو العيوب أو إعادة البناء المتهم من قبيل التنفيذ العيني، لأننا ما زلنا فى نطاق التنفيذ العقبى.

٣- بعد انتهاء مدة الضمان العشرى - المشار إليها فى النص سالف الذكر - فإن الحكم بإلزام المقاول أو المهندس بإزالة العيب الخفى أو إعادة البناء يعتبر تعويضا عينيا إلا أنه فى نطاق المسؤولية التقصيرية.^(٤)

خلاصة القول أن التعويض العيني فى المسؤولية العقدية قد نص عليه المشرع المصرى إما صراحة أو ضمنا، يستفاد من

(١) م ٥٧٧ مدنى.

(٢) م ١١٠١ مدنى.

(٣) م ١/٦٥١ مدنى.

(٤) راجع فى ذلك : د. السنهورى، الوسيط، ج ١/٧، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ف ٦٠، ص ١٣٠ وما بعدها.

ظروف الحال وطبيعة العلاقة التعاقدية بين الدائن والمدين. وهو ما ذهب إليه القضاء المصري، إذ صرح بأن ما أجازته المادة ٢٠٩ للدائن في حالة الاستعجال من القيام بالتنفيذ على نفقة المدين دون ترخيص من القضاء ليس إلا رخصة منحت للدائن ملحوظا فيها مصلحته، فلا تجوز مؤاخنته على عدم استعمالها. ^(١)



(١) نقض مننى فى ١١/١١/١٩٦٥ (مجموعة أحكام النقض س ١٦، ص ١٠١٨)، نقض مننى فى ٢٥/٤/١٩٦٣ (مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٦١٤).

المطلب الثانى

نطاق التعويض العينى فى المسؤولية التقصيرية

رأينا فيما سبق أن التعويض العينى يجد مجالا رحبا فى ظل المسؤولية العقدية، إذ أنه هو البديل فى كل حالة لا يمكن فيها التنفيذ العينى، فالأصل فى التعاقدات هو التنفيذ العينى، فإذا استحال ذلك كان الحكم بالتعويض العينى، وهذا ما يحتم ضرورة التفرقة بينهما، حيث أن التنفيذ العينى يكون قبل وقوع الإخلال بالالتزام للتعاقدى، فإذا ما كان مستحيلا فإن اللجوء إلى التعويض العينى فى هذه الحالة هو الأصل كما سبق أن وضحت فى المطلب السابق.

أما فى نطاق المسؤولية التقصيرية فإننا نجد أن التعويض العينى يجد مجال إعماله أيضا، وإن كنت أرى أن التعويض العينى فى نطاق المسؤولية التقصيرية أكثر مجالا منه فى المسؤولية العقدية. حيث أن التعويض العينى فى المسؤولية العقدية إنما يكون فى حالة استحيل فيها التنفيذ العينى - باعتباره الأصل فيها - ومعنى ذلك أن مجال التعويض العينى فى المسؤولية العقدية يكون محدودا بعدد الحالات المستحيل فيها التنفيذ العينى، عكس الحال بالنسبة للمسؤولية التقصيرية، فإن حالات إعمال التعويض العينى فيها غير محددة بعدد معين، فهو أنسب للمضرور فى كل حالة يكون فيها ممكنا، باعتباره الأنسب لجبر المضرور^(١)، ولذلك فإنه أكثر إعمالا فى ظل

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف٤٤٩، ص٣٧٩. حيث ذكر سيادته أن التعويض العينى أفضل طرق التعويض، لأنه يؤدى إلى إصلاح الضرر إصلاحا تاما بإعادة للحالة إلى ما كانت عليه، ولقضى ملزم بالحكم بالتعويض العينى إذا كان ممكنا وطلبه للدائن أو تقدم به المدعى. د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص٤٨٢.

هذه المسؤولية من وجهة نظرنا على الأقل، وإن كان بعض الفقهاء قد ذهب - كما فى المسؤولية العقدية - إلى أن التعويض النقدي هو أكثر طرق التعويض ملائمة لإصلاح الضرر المترتب على العمل غير المشروع، بل إنه هو الطريق الأصلي فى التعويض، وذلك لاعتبارات لا تختلف فى المسؤولية التقصيرية عنها فى المسؤولية العقدية، حيث يتميز ببساطته، كما أن صدور الحكم به - للتعويض النقدي - كقيل بحسم النزاع، بخلاف الحكم بالتعويض العيني الذى يكون فى بعض الأحيان سببا لمنازعات جديدة. (١)

ويبدو - من وجهة نظرنا - أن من قال بذلك من الفقهاء قد خلطوا بين التعويض العيني والتعويض بمقابل، وهو ذلك التعويض الذى ليس نقديا ولا عينيا، وإنما هو عوان بين ذلك. كأن يحكم القاضى بأن يدفع المسئول للمضروب سند أو سهم تنتقل إليه ملكيته، ويستولى على ريعه تعويضا له عن الضرر الذى أصابه، من جراء اغتصاب عقاره مثلا. (٢)

وكان يأمر القاضى فى دعاوى السب والقذف بنشر الحكم بإدانة المدعى عليه فى الصحف على نفقته، فهذا النشر، وهو متصل بالعمل غير مشروع، يعد تعويضا بمقابل - غير نقدي وغير عيني -، حيث يعتبر تعويضا عن الضرر الأكبى إذ ينطوى على رد اعتبار المدعى (٣). فمثل هذا التعويض يمكن أن يكون سببا

(١) د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف٤٥٠، ص٣٨٠، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص١١٠.

(٢) نقض مننى فى ١٥/١٠/١٩٧٤ (مجموعة أحكام النقض، ص٢٥، ص١١٤٦).

(٣) د. جلال العلوى، المرجع السابق، ف٩٩٤، ص٤٨٨.

لمنازعات جديدة فعلا، بخلاف التعويض العيني، المتمثل في إزالة الضرر ومحوه، وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوع الخطأ، فإنه لا يخلف أية منازعات، كما في إصلاح الشئ التالف، أو إعادة الشئ المنصوب أو المسروق^(١)، حيث يكون في هذا التعويض ترضية تامة لمضرور. وهذا ما يحدث في كل عمل غير مشروع يكون التعويض العيني - بهذا الشكل - ممكنا بلا حدود معينة لذلك. ويبدو أن هذا التردد في الفقه قد بنى على أساس أن نص المادة ١٦٣ مدني جاء مطلقا من غير تحديد لطريقة تعويض بعينها^(٢)، حيث جاء هذا النص بمبدأ عام هو تعويض الضرر من دون أن يحدد طريقة التعويض.

غير أن المشرع المصري عاد، في سياق المادة ١٧١ مدني، وقرر صراحة أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف، وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض. ومن هنا ثار الجدل في الفقه حول مدى إمكانية التعويض العيني من نطاق المسؤولية التقصيرية. فثمة رأى بأن التعويض العيني شائع للوقوع في المسؤولية العقدية، ولا يكون له في نطاق المسؤولية التقصيرية إلا منزلة الاستثناء. فالتعويض النقدي هو القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية فهو الأنسب والأصل فيها،

(١) د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ف ٢٨٢، ص ٤٠٦.

(٢) تنص المادة ١٦٣ مدني على أن « كل خطأ سبب ضرر للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض ».

حيث يتفق وطبيعة الضرر، ويفضله المضرور عادة في حالات الضرر الأدبي والجسماني، حيث يستحيل التنفيذ العيني.^(١) في حين ذهب رأى آخر في الفقه المصري إلى أن التعويض العيني ليس غريبا على المسؤولية التقصيرية، إذ أنه يتلاءم معها أكثر من ملاءمته مع المسؤولية العقدية، وأن التنفيذ العيني بالنسبة للالتزامات القانونية هو مجرد عدم الإضرار بالغير، ولما كان هذا التنفيذ غير ممكن في حالات الإخلال المرتب للمسؤولية التقصيرية، فلم يبق - حينئذ - إلا التعويض العيني، متى كان ممكنا.^(٢) ويبدو لي أن الرأي الثاني هو الأولي بالإتباع، بالرغم من قلة أنصاره، وذلك للأسباب الآتية :-

١- إن تعويض الضرر بإعادة الحال إلى ما كان عليه، يعتبر الصورة المثلى والأنسب لتعويض المضرور، وقد قال الفقهاء بذلك كثيرا، بل إن المشرع المصري لبث في ذلك صراحة من نص المادة ٢/١٧١ مدني السابق الإشارة إليها.

٢- ما ذهب إليه محكمة النقض بأن « التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار إلى عوضه، أي التعويض النقدي، إلا إذا استحال التعويض عينا »^(٣). فعلى الرغم من قدم هذا الحكم إلا أنه - على ما يبدو لي - أن هذه المحكمة لم تعدل عن

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٨١٨، د. المنهوي، المرجع السابق، مصادر الالتزام، ف ٦٤٥ ص ١٣٥٥، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٣٩٦.

(٢) د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٤٨٢، د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص ٦٢٥.

(٣) نقض مدني في ١٩٤٨/١٢/١٦ (مجموعة عمر، ج ٥، ص ٦٨٢).

حكمها - هذا - إلى الآن، مما يؤكد أنها على قناعة تامة باعتبار التعويض العيني أصل في المسؤولية التقصيرية.

٣- للتعويض العيني، مكانا بارزا في المسؤولية التقصيرية. فالشخص الذى يتلف مالا مثلها لآخر لا يستطيع الحصول عليه بيسر، إما لندرته - بالرغم من كونه مثلها - وإما لسعره الزائد عن المقرر لمثله عادة، ويحدث هذا غالبا في كثير من الدول التى تمر بأزمات اقتصادية. ومن ثم فإن إلزام المسئول بتعويض نقدي لا يجعله ينصف المتضرر في إصلاح الضرر الذى أصابه، فكان التعويض العيني - حينئذ - أقرب إلى تحقيق العدالة، وأكثر إنصافا للمتضرر، ولذا فإنه يفضل عن غيره ما دام ذلك ممكنا.

٤- لا يقال إن التعويض العيني قاصر فقط على تعويض المتضرر عن عين الشيء التالف - مثلا -، ولأن المدة ما بين التعويض والإتلاف تكون خالية من تعويض، بالرغم من حدوث ضرر خلالها للمتضرر، لأنه يحرم من الاستفادة من هذا الشيء خلال هذه المدة، ولا يمكن القول بأن التعويض العيني يشمل عين الشيء، وحرمان المتضرر من الاستفادة منه خلال مدة الضرر هذه. إلا أنه يمكن تدارك ذلك بالحكم بالتعويض العيني كجبر تام للمضروور عن الشيء التالف، فضلا عن الحكم بتعويض نقدي عن المدة ما بين التلف والتعويض إذا كان للتعويض - في هذه الحالة - مقتضى، وهذه مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض^(١)، وفي هذه الحالة فقط يمكن الجمع

(١) نقض مدني في ١٩٦٤/٤/٣٠ (مجموعة أحكام النقض، ص ١٥، ص ٦٣١)، نقض جنائي في ١٩٧٤/٢/٣ (مجموعة أحكام للنقض الجنائية، ص ٢٥، ص ٨٠).

بين تعويضين، بخلاف التعويض النقدي. ومن أفضل الأمثلة على ذلك : أن يصدّم شخص بسيارته سيارة شخص آخر، فيعوض الممّثل المضرور بإصلاحه السيارة التالفة، بالإضافة إلى تعويض نقدي عن المدة ما بين الإتلاف والإصلاح، متى كان للتعويض مقتضى في هذه الحالة - كما لو كانت السيارة التالفة سيارة أجرة، تدر عائدا يوميا للمضرور ،

وإذا كان هذا هو الرأى فى القانون المصرى، فإن القانون الفرنسى ليس أحسن حالا منه، إذ ذهب رأى فى الفقه الفرنسى إلى أن التعويض فى المسئولية التقصيرية يكون حتما مبلغا نقديا، باعتبار أن النقص مقياس للقيم، ومن ثم فهى كافية لجبر الأضرار المادية، وشافية للأضرار الأدبية. (١)

وحجة هذا الرأى أن المادة ١٣٨٢ من القانون المندى الفرنسى ألزمت محدث الضرر بالتعويض، من دون تحديد لنوع معين. بيد أن هذا الرأى ظل متعزلا فى الفقه وغريبا عن القضاء الفرنسى لعدة أسباب هى :-

١- المادة ١٣٨٢ مندى فرنسى بالرغم من أنها لم تحدد نوع معين للتعويض. إلا أنها تعطى للقاضى إمكانية تفسير النص بصورة واسعة وفقا لتقويم الوقائع والحوادث. وهذا ما تتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية بقولها : « لقاضى الموضوع، فى حدود طلب المدعى، سلطة تقديرية مطلقة فى تحديد طريقة ومدى تعويض الضرر الناشئ عن الجحة ». (٢)

(١) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٨.

(٢) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٨،

هامش (٣).

٢- هذه المادة لا تستبعد الحكم بالتعويض العيني، وهو ما سلم به الفقه، وذهب إليه القضاء. حيث اعترفا بسلطة للقاضي كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لطبيعة الضرر، لأن المادة ١٣٨٢ لم تحدد للتعويض طريقة أو شكلا معيناً^(١)، بل إننا نجد في أحكام القضاء الفرنسي ما يؤيد الحكم بالتعويض العيني في المسؤولية التقصيرية، وذلك من خلال فكرة مفترضة للمادة ١١٤٢ مدني فرنسي، إذ أن هذه المادة مبينة على مصطلحات عامة « كل التزام بعمل أو امتناع عن عمل »، إلا أن موضوع الالتزام يجب - وبصورة منطقية - أن يطبق على كل التزام ليا كان نوعه ولما كان مصدره، مع مراعاة الهدف الأساسي من هذه المادة - ١١٤٢ مدني فرنسي - والذي يتمثل في استبعاد اللجوء إلى الإكراه البدني.^(٢)

ولما كان هذا الرأي مستغربا في الفقه والقضاء الفرنسي، فإن رأيا آخر - أعتقد أنه راجحا - يذهب إلى القول بأن المسألة في المسؤولية التقصيرية أقل صعوبة من المسؤولية العقدية، وذلك لعدم وجود نص خاص بنوع التعويض. فالقاضي له سلطة كاملة في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر، لأن المادة ١٣٨٢ - للسابق الإشارة إليها - لم تحدد طريقة للتعويض، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن قوام المسؤولية المدنية تصحيح للتوازن الذي اختلف نتيجة وقوع الضرر، وذلك بإعادته إلى ما كان عليه، وذلك بإعادة المتضرر على حساب المسئول. الملتزم بالتعويض إلى

(١) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج ١، ص ١١، ص ٤٨ وما بعدها.

(٢) المرجع السابق ص ٥٢.

الحالة التي كان مفروضا أو متوقعا أن يكون عليها لو لم يقع الفعل
الضار. (١)

ويبدو أن هذا الرأي هو المستقر عليه فقها وقضاء في فرنسا
الآن، حيث ظهر من أسباب الأحكام للقضاء الفرنسي ما ينبئ عن
تحول القضاء إلى هذا الاتجاه، فقد جاء في قرار لمحكمة استئناف
ليون عام ١٩٥٤ أن للقضاء سلطة مطلقة في تحديد أشكال
التعويض، ولهم على الخصوص مكنة الأمر بالتعويض العيني طالما
كان غير مخالف لبنود العقد، ولا ماس بالحرية الفردية^(٢). وهذا ما
يتفق كثيرا مع جبر الضرر بصورة أقرب إلى العدالة والمنطق
السليم.

وإذا كان لنا أن نستنتج شيئا - بعد استعراض وافي لنطاق
التعويض العيني في المسؤولية العقدية والتقصيرية - فإننا يمكن
القول بأنه لا يوجد مبرر للتفرقة قضائيا في المسؤولية العقدية
والتقصيرية، بين نوعي التعويض وما إذا كان نقديا أو عينيا. إذ
يكن دور القاضي في اختيار طريقة التعويض الأكثر ملائمة لجبر
الضرر، على أساس أن هدف المسؤولية المدنية هو التصحيح وإعادة
التوازن، وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل حدوث الضرر.
مع التسليم الكامل بوجود التعويض العيني في كل من المسؤولية
العقدية والمسؤولية التقصيرية، وإن كان في كل منهما بصورة
متفاوتة - على نحو ما أسلفنا -.

(١) المرجع السابق ص ٤٩.

(٢) أنشأ إلى هذا القرار : د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج ١،
ص ٥٤ وما بعدها.

أضف إلى ذلك أن المدين في المسؤولية العقدية ليس أفضل حالا ومعاملة منه في المسؤولية التقصيرية، حيث يقرر القاضى فى نوعى المسؤولية، إنشاء التزام جديد فى ذمة المدين، وذلك بتعويض الدائن، كما أنه يخصص له طريقة للتعويض أكثر اكتمالا لطبيعة الضرر، إذ هو بدوره غير مقيد - قانونا - بطريقة محددة. فضلا عن أن التفرقة بين نوعى التعويض لا يكون لها وزن أو محل إلا فى حالة استبعاد التعويض العينى لاستحالة مثلا، كما لو صدمت سيارة شخص وأدى الاصطدام إلى بتر ساقه، فإن التعويض العينى فى هذه الحالة مستحيل، ومن ثم يكون الحكم بتعويض نقدى. وليس لدل على ذلك من أن الحكم يرد مثل الأشياء المودعة - إذا سُرقت أو تلفت - يكون واحدا فى نطاق المسئولتين، حيث يتم الرد وفقا لقواعد المسؤولية العقدية إذا ما كان ذلك بخطأ المودع لديه، بينما يكون رد مثل هذه الأشياء وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية، إذا ما كان ذلك بخطأ للغير، وفى كلتا الحالتين يعد الحكم تعويضا عينيا للدائن.

وأخيرا نجد أن التعويض العينى يؤدى إلى رفع الغبن عن المضرور إذا ما حكم له بتعويض نقدى فى ظل عدم التوازن الاقتصادى وارتفاع الأسعار إلى الحد الذى يقتضى التدخل لفرض التسعيرة الجبرية^(١)، خاصة إذا كانت الأشياء التالفة أو الهالكة تخضع لهذه التسعيرة. ولهذا فإتينا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من النص على التعويض العينى - متى كان ممكنا - فى نطاق نوعى المسؤولية (العقدية والتقصيرية). على أن يكون هذا التعويض، فقط

(١) د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ج ١، ص ٥٣ وما بعدها.

لجبر الضرر، خروجاً به من أن يكون إثراء بلا سبب، أو انتقاصاً من حق المضرور.

مع ملاحظة أن التعويض العيني - حينئذ - ليس عقوبة، إذ العبرة فيه أنه تقدير للتعويض، وهو يقدر بمقدار الضرر، لا بدرجة الخطأ، ولا عبرة في تقدير التعويض بثراء المضرور أو فقره، كما أنه إذا كان الفعل المسبب للضرر متغيراً ومستمراً، فإن للمتضرر أن يطالب القاضى بالحكم له بوقف هذا العمل، أو اتخاذ الإجراءات اللازمة لمنع الضرر الناشئ عنه، باعتبار أن التعويض يرجى به الإصلاح، وإصلاح الضرر يكون - قبل كل شيء - بمحو سببه متى كان ذلك ممكناً. ^(١)



(١) د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١١٨، د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص ٨، د. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والمورث، منشأة المعارف ١٩٩٥، ص ١٢٨.

المبحث الرابع سلطة القاضي إزاء التعويض العيني

تمهيد وتقسيم :-

عرفنا في المبحث السابق أن للقضاء - بما له من خبرة وما يتمتع به من سلطة - هو الجهة التي تعين طريقة التعويض المناسبة لجبر الضرر، بحيث تكون هذه الطريقة المختارة - من جهة القضاء-، هي للطريقة المثلّية لحل إشكاليات التعويض.. وهذا ما جعل التشريعات المختلفة تتبنى هذه الفكرة وتتص عليها صراحة^(١)، وذلك تجنباً للإشكالات العديدة التي يمكن أن تحدث لو أن المشرع نص على إلزام القاضي بإتباع طريقة بعينها للقضاء بها في كل أنواع الضرر الحاصل، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، نجد أن الأضرار التي يمكن أن تقع في الحياة العملية لا حصر لها، وليس بإمكان أي مشرع أن يحيط بها إحاطة تامة، ومعنى ذلك فإن افتراض لو إلزام القاضي بطريقة محددة لكل ما يستجد أمامه من قضايا تعويض، لا يحقق العدالة في كل الأحوال. ولهذا فإن المشرع الفرنسي لم يحدد طريقة معينة للتعويض، بل منح لقاضي الموضوع في حدود طلب المدعى سلطة تقديرية مطلقة في تحديد التعويض

(١) نص على ذلك القانون الفرنسي في المادة ١٣٨٢ مدني، حيث تعطى للقاضي إمكانية تفسير النص بصورة واسعة وفقاً لتقويم الوقائع والأحداث (راجع ص ٦٠ من هذا البحث) كما نص على ذلك أيضاً المشرع المصري في المادة ٢/١٧١ مدني. حيث ذكرت أنه « يجوز للقاضي، تبعاً للظروف وبناء على طلب المضرور، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بإداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض ».

الأكثر ملاءمة لطبيعة الضرر^(١). وسار على نهجه المشرع المصري الذي أعطى سلطة واسعة في تحديد طريقة التعويض، مستعينا في ذلك بظروف الواقعة المعروضة، وطلب المضرور^(٢)، ومعنى ذلك أن للقاضي سلطة تقديرية في اختيار الطريقة المثلى للتعويض. والسؤال الذي يطرح نفسه، هل القاضي حر في اختيار طريقة التعويض ؟ أم أنه مقيد في ذلك بقيود ؟ للإجابة عن هذه التساؤلات ينبغي علينا بداية أن نتعرف على معنى السلطة التقديرية للقاضي، ومراحل أعمالها، ثم نطبق ذلك على التعويض العيني لنرى بعد ذلك مدى حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض، ولهذا فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين الآتيين :-



المطلب الأول

مضمون السلطة التقديرية للقاضي

تعنى السلطة التقديرية للقاضي، ذلك العمل الذي يمارسه القاضي من خلال سلطته للقضائية، وذلك بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح، وهو من خلال عمله هذا ينتهى بإنزال حكم القانون، باعتبار أن هذا الحكم إنما يعبر عن نتيجة القياس القانوني المستمد من نشاطه الذهني، بإنزال حكم القانون على واقع النزاع المطروح. وهو في هذا إنما يختار بين مجموعة من الأحكام التي اقترحها في ذهنه، مستعينا بحكم القانون في المسألة المعروضة،

(١) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج ١، ص ٤٨.

(٢) م ٢/١٧١ منى مصري.

وهذا لن يتأتى إلا إذا كان هناك عدد من القرارات المتاحة^(١). لهذا فإن الصفة التقديرية في سلطة القاضي إنما تنشأ من حالة قانونية معينة مصدرها القانون. بمعنى أنه يجب أن نتصور دائما أن فكرة السلطة التقديرية مرتبطة بالتنظيم القانوني دون الفصل بينهما. فالسلطة التقديرية للقاضي لا تظهر إلا في نظام الدولة القانونية، فحيث لا تكون الدول القانونية فلا مجال للحديث عن السلطة التقديرية، لأننا في هذه الحالة سنكون في إطار سلطة تحكمية لا تقديرية، ويمكن القول بأن السلطة التقديرية للقاضي تمارس عن طريق ضوابط لا تسمح بفرض التحكم والاستبداد، فالقاضي حينما يعمل تقديره عن الأثر للقانوني في النص، إنما يطبق في الوقت ذاته القاعدة القانونية في مضمونها وما ترمى إليه من أهداف.^(٢)

وإذا كان من المؤكد - وفقا لهذا - أن نشاط القاضي الذهني بصدد إعماله لسلطته التقديرية إزاء الدعاوى المطروحة أمامه، هو المعنى الحقيقي للسلطة التقديرية للقاضي، فإن هذا النشاط الذهني يمر بمرحلتين :-^(٣)

الأولى :- تتعلق بفهم القاضي للقاعدة القانونية، وذلك في جانب مجموع العناصر التي تخيلها المشرع، وصاغها في القاعدة القانونية بشقيها : المقدمات والنتائج. فإذا طرح النزاع على القاضي، فإنه

(١) د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف، ١٩٨٤، ف٢١، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) د. أحمد محمود السعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، ط١، دار النهضة العربية ١٩٨٨، ص ٣٥ وما بعدها.

(٣) راجع في ذلك تفصيلا : د. أحمد محمود السعد، المرجع السابق، ص ٤٦٥ وما بعدها.

يبحث أولا عن القاعدة الواجبة للتطبيق فى هذا المجال، ويقوم بنشاط ذهنى يهتدى من خلاله إلى قاعدة المحتملة للتطبيق، وهو بذلك يعمل - جاهدا - على التقريب بين الواقع وبين قاعدة قانونية يراها جديرة باحتوائها هذا الواقع المطروح. وعلى ضوء فهمه للقاعدة القانونية، وهدفها، وما ترمى إليه، يكون قد انتهى فى هذه المرحلة من نشاطه ذهنى إلى تكييف أولى، حدد بموجبه القاعدة القانونية المحتملة للتطبيق، ثم ينتقل بفكره إلى المقارنة بين مجموع الوقائع المطروحة من جانب الخصوم، وبين النماذج الواردة فى القاعدة القانونية التى توصل إليها.

الثانية :- يستمر نشاط القاضى ذهنى بإجراء القياس للقانونى - كما فى المرحلة الأولى - لينتقل - بفكره أيضا - من نطاق القاعدة القانونية المحتملة للتطبيق، إلى نطلق القاعدة القانونية الواجبة للتطبيق، وتلك هى المرحلة الثانية لضرورة توافر السلطة التقديرية للقاضى، حيث يجرى القاضى نشاطا ذهنيا ينصب على قياس قانونى تكون نتيجته بالضرورة، صلاحية القاعدة القانونية المقترحة للتطبيق على الوقائع المعروضة، باعتبار أن هذه القاعدة بمضمونها ومعناها ومرماها هى الواجبة للتطبيق - حينئذ -.

وإذا كانت السلطة التقديرية للقاضى بهذا المعنى، مروراً بهاتين المرحلتين، فإن إعمالها فى نطلق التعويض العينى يكون متاحا، خاصة إذا علمنا بأن المشرع المصرى، ومثله الفرنسى، لم يحدد طريقة معينة للتعويض، مثلما وجدنا فى التمهيد لهذا المبحث. حيث لابد أن يتمتع القاضى - بناء على ذلك - بحق إصدار الأوامر والأحكام التى تؤدى إلى تجنب وقوع الضرر أو منع استمراره، وهو فى ذلك قد يختار طريقا معينا للتعويض، دون أن يراقب فى

ذلك من محكمة النقض، باعتبار أن ذلك مسألة واقع. فهو الأكثر على اختيار طريقة مثلى تناسب الضرر الحاصل، وله فى ذلك أن يختار فى كل حالة معروضة طريقة تناسبها، وهو فى ذلك يرجح بين المصالح المتعارضة، ودوره فى هذا ليس استنباطاً، بل إنه يحتمل - إضافة إلى وظيفته فى قول الحق - نوعاً من تنظيم المصالح. ويمكن من خلال هذا العرض أن نستنتج الآتى :-

١- لا ضرورة لرفض التعويض العيني المستند من سلطة القاضى التقديرية فى التشريعات الحديثة، وذلك لأن مصدر الحق فى التعويض ليس هو الحكم الصادر عن دعوى المسؤولية، فالحكم ليس إلا مقررًا لهذا الحكم لا منشأ له^(١)، وحق المتضرر فى التعويض إنما نشأ عن إخلال بالتزام (عقدى أو قانونى)، مما رتب الالتزام بالتعويض فى نمة المسئول من وقت قيام أركان المسؤولية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما). وعلى ذلك فإن القانون وليس القاضى هو الذى ينشئ الالتزام بالتعويض، وأن الطريقة المناسبة لجبر الضرر إنما يستقل بها قاضى الموضوع، مراعيًا فى ذلك - كما سيأتى - ظروف الواقعة وطلب المضرور.

٢- أى اعتراض على السلطة التقديرية للقاضى يكون عديم الفائدة لعدد محدود من حالات التعويض العيني، وبخاصة فى حالات إصلاح الضرر وإزالة المخالفة، والمنافسة غير المشروعة. وغيرها من الحالات التى يكون فيها حكم القاضى مرتكزا على إزالة الغموض ومحو آثار الضرر الحاصل. خاصة إذا كان التعويض العيني لا يقتصر على إعادة الحال إلى ما كان عليه، إذ أن مجرد صدور قرار يكفى، كما فى الضرر الأبدى، فضلا عن أن التنفيذ قد

(١) د. السهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٣٨، ص ١٣٤٨.

لا يتم من المسئول نفسه، كما في حالات التنفيذ على نفقة المسئول، حيث لا يعد الحكم بنفقات هذا التنفيذ تعويضا نقديا، بل هو تعويض عيني أو على الأقل تعويض بمقابل.



المطلب الثانى

مدى حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض

للحديث عن مدى حرية القاضى فى اختيار طريقة معينة للتعويض ينبغى علينا - بعد أن بينا سلطته التقديرية - أن نوضح حريته فى هذا الاختيار، ثم نعقب على ذلك بالقيود التى قد ترد على حرية القاضى فى عملية الاختيار هذه. ولهذا فإننا سوف نتناول هذا المطلب فى النقطتين الآتيتين :-

أولاً : حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض :-

إن مبدأ حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض لا يظهر أى نزاع جدى، ومن يعترض على ذلك مقررا الاعتراف للمضرور بحق اختيار التعويض، فإنه يخلط بين التنفيذ العينى والتعويض العينى، من جهة، وبين التعريف السائد للتعويض العينى بوصفه تعويضاً يزيل المخالفة أو تعويضاً مثالياً، من جهة أخرى.

ذلك أن عدم تحديد طريقة معينة للتعويض من قبل المشرع، بالإضافة إلى الاعتراف للقاضى بسلطته التقديرية - على نحو ما أسلفنا - إنما يعطى للقاضى حرية كاملة فى اختيار الطريقة المثلّية للتعويض، وهو إزاء ذلك إنما يعمل جاهداً على جبر ضرر المضرور بصورة تحقق العدالة، وتكون أقرب ما يكون إلى الحقيقة، أو ما يسمى بالترضية المطلقة للمضرور.

ويلاحظ أن حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض إنما تتطلب عدم جواز طلب ذلك من المضرور، أو عرض ذلك من المسئول. ومما لا شك فيه أن فى ذلك إهدار لإرادة الطرفين، ومن ثم كان لا بد من الاعتراف لهما بقدر يمثل - ولو الحد الأدنى - للتعبير عن إرادتهما، وهو ما راعاه المشرع المصرى صراحة

بالنص على أن « الشئ المستحق أصلا هو الذى به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شئ غيره، ولو كان هذا الشئ مساويا له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى »^(١). ومعنى ذلك فإن المضرور لا يجبر على قبول شئ قد لا يرضاه، بالرغم من أن النص المذكور - خاص بعملية للتنفيذ، إلا أنه بالقياس يستطيع المضرور أن يرفض الطريقة التى أرتأها للقاضى محققة لجبر الضرر. فإذا كان التنفيذ حقا للدائن، فإنه يجب على القاضى أن يقرره، كما يستطيع المدين دائما فرضه على الدائن، ولا يكون المدين موفيا لالتزامه إلا إذا نفذه أو عرض تنفيذه^(٢). كما لا يستطيع المدين أن يتخلص من التزامة هذا إلا إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا أو مرهقا للمدين بدرجة لا تتناسب مع ما يصيب الدائن من ضرر.^(٣)

ويرى البعض أن القاضى - بالرغم من سلطته التقديرية فى اختيار طريقة التعويض - يكون ملزما بالحكم بالتعويض العيني، متى كان ممكنا وطلبه الدائن أو تقدم به المدين^(٤)، على أن يراعى القاضى فى ذلك ظروف الحال وطبيعة الدعوى المعروضة عليه. فإذا كان التعويض العيني متعذرا، فإنه يتعين اللجوء إلى التعويض بمقابل، فمثلا فيما يتعلق بمضايقات الجوار، لا يستطيع القاضى أن يحكم بغلق المحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة، إذا سمحت لها جهة الإدارة بالنشغيل.

(١) م / ٣٤١ منى مصرى.

(٢) د. السنهورى، مصادر الالتزام، للمرجع السابق، ف٦٤٣، ص ١٣٥٤.

(٣) م ٢٠٣ منى مصرى.

(٤) د. أنور سلطان، للمرجع السابق، ف٤٤٩، ص ٣٨٠، د. محمد حسين

منصور، المرجع السابق، ص ٨١٨.

غير أن غالبية الفقهاء^(١) ذهبوا إلى أن التعويض العيني منوط بطلب الدائن، وللقاضى سلطة تقديرية فيما إذا كان التعويض العيني المطلوب ملائماً أو غير ملائم لجبر الضرر الحاصل، وهو فى ذلك لا يخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض.

وقد استند أصحاب هذا الرأى إلى النص الواضح والصريح للمادة ١٧١ مدنى، حيث ذكرت أنه « يجوز للقاضى، تبعاً للظروف، وبناء على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع، وذلك على سبيل التعويض ». وبناء عليه فإن القاضى يملك سلطة اختيار طريقة للتعويض التى يراها أكفل من غيرها فى جبر الضرر، ويسترشد فى ذلك بطلبات المضرور وظروف الحال، ولا يخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض.^(٢)

وأرى أن الأمر جوازى للقاضى، غير أن ظروف الحال وطلب المضرور الحكم بالتعويض العينى، ما هو إلا مرجح لاختيار القاضى طريقة للتعويض العينى، فإذا ارتأى القاضى أن طريقة أخرى أكثر ملائمة لجبر الضرر، فلا تثير عليه إن حكم بها، على أن يكون حكمه مبنياً على أسباب سائغة.

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١١١، د. محمود عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١١٣، د. نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٤٨٢، د. رمضان أبو السعود، المرجع السابق، ص ٣٩٣.
(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف ٤٦، ص ١١١.

ويلاحظ أن مبدأ حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض يبدو جلياً من خلال التطبيق العملى المتمثل فى عملية البناء فى عقد المقاول^(١). لأننا فى هذا العقد - تحديداً - نكون أمام حالتين :-

١- قبل تسليم الأعمال ودفع الأجرة، فإن أى عيب أو نقص فى البناء يرتب حكم للقاضى بإجبار المقاول على إصلاحه أو إكماله، وهو فى ذلك إنما يقوم بتنفيذ عينى.

٢- بعد تسليم الأعمال ودفع الأجرة، فإن أى خلل أو عيب خلال مدة الضمان العشرى، فإن ضمان المقاول يكون بتعويض رب العمل عن العيوب التى تظهر فى خلال تلك المدة، بحيث يكون حكم للقاضى بإصلاح هذه العيوب تعويضاً عينياً.

ويمكن لنا أن من خلال هذا العرض أن نستنتج الآتى:

أولاً : لا ضرورة لرفض التعويض العينى المستمد من سلطة القاضى التقديرية فى التشريعات الحديثة . وذلك لأن مصدر الحق فى التعويض ليس هو الحكم الصادر عن دعوى المسؤولية، فالحكم ليس إلّا مقررًا لهذا الحق لا منشاؤه، وحق المتضرر فى التعويض إنما ينشأ عن العقل غير المشروع الذى أتاه المسئول فرتب فى نمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسؤولية (الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما) ، ومن ثم فإن القانون وليس القاضى هو الذى ينشئ الالتزام بالتعويض ، وأياً كانت طريقة التعويض.

ثانياً : الاعتراض على سلطة القاضى التقديرية يكون عديم الفائدة لعدد معين من حالات التعويض العينى ، وبخاصة فى

(١) م ٦٥١ مدنى مصرى.

موضوع المنافسة غير المشروعة، وذلك لأن القاضى يحكم بتنظيم الممارسة لتجنب الغموض وإزالة التثنية.

خلاصة القول فإن للتنفيذ العينى - متى كان ممكنا وغير مرهق للمدين - واجب على القاضى أن يقضى به إذا طلبه الدائن، فإن كان هناك إرهاق فى التنفيذ أو استحالة، فإن القاضى يلجأ إلى التعويض، ويعمل فيه سلطته التقديرية بشأن اختيار طريقة التعويض، فإذا طلب الدائن طريقة معينة، وكانت ظروف الحال تناسبها، لم يكن القاضى مجبرا على اختيارها دون غيرها، بل الأمر جوازى للقاضى، ومرد هذا الجواز اختيار الطريقة الأنسب لجبر الضرر، والأقرب لتحقيق العدالة، على نحو ما رجحنا.

ثانياً :- القيود التى ترد على حرية القاضى فى اختيار طريقة

التعويض :-

علمنا فيما سبق أن مبدأ حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض قد رسم لنا الدائرة التى يمارس فيها القاضى هذه الحرية، وأن طلب التعويض العينى من المتضرر لا يقلل من هذه الحرية. غير أن بعض القيود قد ترد على حرية القاضى هذه، ففضلا عن طلب التعويض العينى من المضرور، نجد أن هذا الطلب قد يعرضه المسئول، فإذا عرضه للمسئول، هل يعد ذلك استبعادا لسلطة القاضى حينئذ ؟، بل قد يصل الأمر إلى حد اتفاق المضرور والمسئول على فكرة التعويض العينى، فإذا كان الأمر كذلك، فهل يعد هذا انتقاصا من مبدأ حرية القاضى تلك ؟. فى صدد الإجابة عن هذه التساؤلات نقف على بعض القيود التى تحد من سلطة القاضى فى اختيار طريقة التعويض، ويمكن توضيح ذلك فى النقاط التالية:-

١- طلب التعويض العيني من المضرور :-

المبدأ في القانون المصري أن للقضاء كامل الحرية في أن ينتقل من التعويض النقدي إلى التعويض العيني، متى طلبه المضرور، وكانت ظروف الحال تسمح بهذا الانتقال. ومعنى ذلك أن حرية القاضي لا تتقيد بطلب المضرور بالتعويض العيني، وذلك على عكس ما لو طلب للتنفيذ العيني، إذ لا يجوز للقاضي في الحالة الأخيرة أن يحكم بالتعويض، متى كان التنفيذ العيني ممكناً، وغير مرهق للمدين، وذلك إعمالاً لضرورة للفرقة بين التنفيذ العيني والتعويض العيني - على نحو ما سبق -^(١) إما إذا طلب المضرور التعويض مباشرة، عند الإخلال بالالتزام، فإن بإمكان القاضي رفض هذا الطلب، والحكم بالتنفيذ العيني الممكن. غير أن هذا الحكم لا يعفى المسؤول من التعويض عن التأخير في التنفيذ. ذلك أن خطأ المسؤول لا يتوقف - في المسؤولية العقدية - على عدم التنفيذ فحسب، بل يترتب الخطأ كذلك عن التأخير في التنفيذ، أو التنفيذ المعيب^(٢). وفي مجال المسؤولية التقصيرية ينشأ حق المضرور في التعويض من العمل غير المشروع الذي أتاه المسؤول، فترتب في ذمته الالتزام بالتعويض من وقت قيام أركان المسؤولية، لا من وقت الحكم الصادر في دعوى المسؤولية، فالحكم ليس إلا مقررًا لهذا

(١) راجع ص ٢٦ من هذا البحث، راجع أيضاً : نقض فرنسي في ٣ ديسمبر سنة ١٩٦٣، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥٨، هامش (٦٠). حيث ذكر سيادته أن القضاء الفرنسي رفع حديثاً - عن قضاة الموضوع إزاء التنفيذ العيني، كل سلطة تقديرية، بحيث لا يستطيعون، متى كان التنفيذ العيني ممكناً، إلا إجابة طلب الدائن له.

(٢) راجع في ذلك تفصيلاً : كتابنا « الوجيز في مصادر الالتزام » الجزء الأول، ١٩٩٨م، ص ٢٠٣ وما بعدها.

الحق لا منشأ له^(١). كما أن إلزام المدين بالتعويض لا يعنى إنشاء التزام جديد فى ذمته، إنما هو طريق لتنفيذ الالتزام الثابت فى ذمته من قبل.^(٢)

ومما تجدر الإشارة إليه أن القضاء الفرنسى كان يتمسك بأنه إذا لم يطلب المدعى سوى التنفيذ العينى للالتزام ورفض هذا الطلب - لكونه مستحيلا أو مرهقا -، فإنه ليس للقاضى منح المدعى تعويضا لم يطالب به^(٣). إلا أن القضاء الفرنسى هجر هذا الاتجاه وسمح بأن يكون طلب التعويض مدرجا ضمن الطلب الأسمى بالتنفيذ العينى، ثم يجوز للقاضى - حينئذ - أن يلجأ إلى التعويض بمقابل. إذ يظل الحكم به خاضعا لمطلق تقدير القاضى، الذى يكون له أن يجيبه إليه، أو يحيد عنه (التعويض العينى)، وذلك إلى التعويض بمقابل.^(٤)

كما أن للقاضى - أيضا - أن ينتقل من التعويض النقدى إلى التعويض العينى، إذ أن موضوع المسؤولية إنما يكون التعويض بصورة عامة، وليس طريقة مشابهة للتعويض المطلوب. ومن ثم فإن للقاضى، من خلال هذه القاعدة، أن ينتقل من التعويض النقدى إلى التعويض العينى، إذ أن القاضى حر فى اختيار الطريق الذى يراه أسهل لتنفيذ حكمه، وأنفع للدائن، وأقل ضررا بالمدين. ومعنى

(١) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف٦٣٨، ص١٣٤٨.

(٢) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف٥٠، ص٧.

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٢، ص٥١٠، حيث ذكرت أن « التعويض لا ينزل من التنفيذ العينى منزلة لتزلم تخييرى أو بلى ».

(٤) نقض فرنسى فى ١٩ فبراير سنة ١٩٤١، مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، للمرجع السابق، ج١، ص٥٧، هامش (٥٠).

ذلك أن طلب المتضرر بالتعويض بطريقة معينة، لا يقلل من حرية القاضى لاختيار طريقة التعويض.

بيد أن نص المادة ٢/١٧١ مدنى مصرى توخى بأن القاضى لا يجوز له الحكم بالتعويض العينى إلا بناء على طلب المضرور، وظروف الحال. ومعنى ذلك فإن حرية القاضى بشأن طلب المضرور التعويض العينى، تكون مقيدة بهذا الطلب، متى كانت الظروف تسمح بذلك، ومن ثم إذا طلب المضرور الحكم بالتعويض العينى، وكانت ظروف الحال مما تقتضيه، ولم يجبه القاضى إلى طلبه، كان حكما منقوضا، لأنه بنى على أسباب غير سائغة من الناحية القانونية، كذلك إذا طلب المضرور التعويض النقدى، فلا يستطيع القاضى الحكم بإلزام المسئول بشئ آخر، كإصلاح الشئ التالف، ولو عرض المسئول ذلك. (١)

ومن أهم التطبيقات العملية لهذه الحالة ما نصت عليه المادة ٨٦٠ مدنى مصرى بقولها : « إذا انهدم البناء وجب على صاحب السفل أن يعيد بناء سفله، فإذا امتنع جاز للقاضى أن يأمر ببيع السفل إلا إذا طلب صاحب العلو أن يعيد هو بناء السفل على نفقة صاحبه. وفى الحالة الأخيرة - يجوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السفل من السكنى والانتفاع حتى يودى ما فى ذمته، ويجوز له أيضا أن يحصل على إذن فى إيجار السفل أو سكناه استيفاء لحقه ».

ومعنى ذلك فإن بناء السفل - الذى هو تعويض عينى لصاحب العلو - لا يكون إلا بطلب صاحب العلو، ولو على نفقة صاحبه. وأيضا، يجوز لصاحب الأرض أن يطلب إزالة المنشآت التى أقامها

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ١٨١، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ف ٤٤٩، ص ٣٧٩ وما بعدها.

الغير - على أرضه، وهو يعلم أنها مملوكة لغيره، وذلك على نفقة من أقامها - كتعويض عيى - مع عدم الإخلال بأى تعويض آخر إن كان له مقتضى. (١)

فطلب المضرور فى مثل هذه الحالات إنما يعد قيداً يحد من حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض، وإن كنت أرى أن الأمر - بالرغم من ذلك - مازال جوازيًا للقاضى، حيث يكون له أن يقدر - تبعاً للظروف - ما إذا كان التعويض العينى الذى يطلبه المتضرر مناسب أم غير مناسب، فهو الأكثر على تحديد الطريقة التى تؤدى إلى جبر الضرر، وأنسب للمضرور، وأقرب إلى العدالة التى يسعى إلى تحقيقها، باعتبار أن الحكم عنوان الحقيقة.

إلا أن بعض الفقهاء جزم بأن الأنسب هو الاقتصاد على التعويض النقدي، إذ يتميز ببساطته، كما أن صدور الحكم به كفيل بحسم النزاع، أما الحكم بالتعويض العينى فقد يكون فى بعض الأحوال سبباً لمنازعات جديدة. (٢)

ولا أرى سبباً لهذا الجزم، فإنه إن بنى على الغالب الأعم، إلا أنه يتجاهل الواقع فى كثير من الأحيان، ومن ثم كان لزاماً علينا أن نترك عملية الحسم هذه لجهة التخصص - وهى القضاء -، فكما يقال : القاضى هو الذى يقدر ظروف كل قضية، ويقضى فيها بما يحقق للنفع والصالح العام لجميع الأطراف فيها، ولذا فإننا نفضل ترك تحديد طريقة التعويض لمحض السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، على أن يكون حكمه مبنيًا على أسباب سائغة، وإلا كان طلب المضرور الحكم له بتعويض عيى هو الأولى بالاعتبار.

(١) م ١/٩٢٤ مدنى مصرى.

(٢) د. إسماعيل غانم، للمرجع السابق، ف ٤٦، ص ١١٠.

٢- عرض التعويض العيني من المسؤول :-

تقتضى الموازنة بين مصلحة المسؤول ومصلحة المضرور إمكانية قيام المسؤول بعرض التعويض العيني، بيد أن هذه الموازنة تثير العديد من الفروض القانونية، قد يترتب عليها اعتبار هذا العرض من المسؤول مقيدا للقاضي في اختيار طريقة التعويض.

فإذا أخذنا في الاعتبار أن عرض التعويض العيني من المسؤول حق له، فهل يلزم القاضي بالحكم به، وهل يملك المضرور رفض هذا العرض ؟. يمكن القول بأن حق المسؤول في عرض التعويض العيني يقض بإلزام القاضي أن يحكم به، مثلما ألزمه القائلون بطلب المضرور في الفقرة السابقة^(١). وإذا كان لزاما على القاضي أن يستجيب لعرض المسؤول، فإن العقبة في هذه الحالة هي رفض المضرور لهذا العرض ذلك أن فكرة التنفيذ على نفقة المدين لا يفرض على الدائن، كما أن المضرور لا يلتزم دائما بقبول العرض المقدم من المسؤول بالتعويض العيني، وأيضا فإن إزالة المخالفة يمكن أن تكون تنفيذا مفروضا على الدائن. وفي هذه الحالة الأخيرة لا يملك المضرور أن يرفض عرض المسؤول، ومن ثم يعتبر هذا العرض قيدا على حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض، خاصة إذا كان المعروض هو التعويض بمادة مساوية تماما للمادة التالفة، لأنه إذا كان الأمر كذلك فلا يملك المضرور أن يرفض هذا العرض من المسؤول وإلا عد متعسفا، لأنه يبغي فقط الوصول على عين حقه، والقاضي يلتزم في هذه الحالة أن يستجيب لعرض المسؤول، مع عدم الإخلال بأي تعويض إضافي إذا كان له مقتضى.

(١) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص ٨١٨، د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص ٣٧٩.

فإذا أخذنا فى الاعتبار من جهة أخرى أنه لا يحق للمسئول عرض التعويض العينى، باعتبار أنه مطالب فقط بالتعويض لا باختيار الطريقة الى يتم بها تعويض المضرور، فإن القاضى فى هذه الحالة يستعيد حريته الكاملة فى اختيار هذه الطريقة، سواء كان الحق للمضرور فى قبول هذا العرض أم رفضه، إذ لا يعطى هذا الحق بداية للمسئول، فلا يملك القاضى حينئذ إلا أن يعمل سلطته التقديرية إزاء الطريقة التى يتم بها التعويض، ومن ثم لا قيد على حريته حينئذ.

ويمكن القول عموماً بأن عرض التعويض العينى من المسئول إما أن يكون حقاً له أو لا ؟ وفى كل فرض إما أن يكون من حق المضرور أن يقبله أو يرفضه. فإذا كان حقاً للمسئول وقبله المضرور فلا إشكال. أما و رفضه المضرور، فإما أن يكون التعويض العينى مماثل تماماً للشئ التالف أو الهالك أم لا ؟ فإن كان مماثل له، ويتحقق ذلك فى المثليات، فإن رفض المضرور لهذا العرض يكون تعسفاً، لأنه بهذا العرض يصل إلى عين حقه، ومن ثم يعتبر رفضه غير مقبول، وفى هذه الحالة لا يكون للقاضى حرية فى اختيار طريقة التعويض، لأنه بإجابة المسئول لعرضه يكون قد أصدر حكمه فى التعسف الموجود من قبل المضرور، وحكمه فى هذه الحالة ملزم له. أما إن كان المعروض لا يمثل الشئ التالف تماماً، كما فى القيميات، فإن من حق المضرور أن يرفض هذا العرض، إذ لا يجبر الدائن على قبول شئ غير حقه، ولو كان هذا الشئ مساوياً له فى القيمة أو كانت له قيمة أعلى^(١). وفى هذه الحالة يسترد القاضى حريته الكاملة فى اختيار طريقة التعويض. أما إذا

(١) م ٣٤١ مدنى مصرى.

كان عرض التعويض العيني ليس حقا للمسئول، فإن القاضى يتمتع بحرية كاملة فى اختيار طريقة التعويض، بغض النظر عن قبول المضرور له أو رفضه، إذ لا يقوم القبول أو الرفض هنا على أساس، بل يعتبر كان لم يكن، باعتبار أن المسئول لا يملك هذا الحق.

غير أننا بدأنا هذه الجزئية بالقول بأن الموازنة بين مصالح المضرور والمسئول تقتضى إمكانية عرض التعويض العينى من المسئول. ومن ثم نرجح هذا القول، خاصة إذا ارتأى القاضى أن المعروض كاف لجبر ضرر المضرور وأقرب إلى العدالة من غيره. إذا أن القول بغير ذلك يعتبر تحكما لا مبرر له. كما أن هذا القول لا يلغى تماما حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض، لأنه يلائم بين ما عرضه المسئول والشئ المعوّض عنه. وهذا ما ذهبت إليه مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المصرى إذ نصت على أنه « فى حالة عرض التعويض العينى من المسئول، يبقى القاضى حرا ضمن هذا العرض ».(١)

وبهذا الاتجاه سارت محكمة النقض المصرية، إذ قضت بأن « التعويض العينى هو الأصل، ولا يصار إلى التعويض النقدى إلا إذا استحال التعويض العينى. فإذا رفع المتضرر دعواه مطالبا بتعويض نقدى، وعرض المدعى عليه التعويض عينا - كرد الشئ المغتصب - وجب قبول عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ٢، ص ٣٠٨.

هى أعملت موجب هذا العرض، ولو لم يطلب المدعى ذلك. أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدى»^(١).

وأرى أن تقدير القاضى فى هذه الحالة هو المعوّل عليه، لأنه يأخذ بنظر الاعتبار ظروف كل حالة على حدة، وأن عدم وجود حق للمسئول فى عرض التعويض العينى لا يمكن أن يصل إلى تعسف المضرور، ولكن إلى تقدير القاضى الذى يستطيع أن يحكم بالتعويض العينى بالرغم من رفض المضرور المتعنت حينئذ.

٣- اتفاق المضرور والمسئول على التعويض العينى :-

الفرض فى هذه الحالة أن المسئول اتفق مع المضرور أن تكون طريقة التعويض هى التعويض العينى، فهل مثل هذا الاتفاق يمكن أن يلغى حرية القاضى فى تحديد طريقة التعويض ؟

يمكن القول بأن حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض ليست قاعدة عامة، ومن ثم يمكن تقرير حق الاختيار لاتفاق الطرفين، ذلك أن هدف تقدير للقاضى محدد بحماية مصالح الأطراف، وخاصة المسئول ضد تعويض عيني مرهق، وأيضا المضرور ضد تعويض عيني لا يجبر الضرر، ولهذا فإن هذا الاتفاق يحقق الغرض من التعويض ويؤدى إلى حسم هذا النزاع،

(١) نقض مننى فى ١٦/٢/١٩٤٨ (مجموعة عمر، ج ٥، ص ٦٨٢)، وانظر : د. سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المنى، للمرجع السابق، ص ٥٣١ حيث أشار سيادته إلى هذا الحكم أيضا.

ومن ثم إذا وجد فإنه يغفل يد القاضى عن اختيار طريقة التعويض.^(١)

غير أن هذا الاتفاق قد يتخذ إحدى صورتين :-

الأولى :- أن يتم الاتفاق على التعويض مقدما قبل وقوع الضرر، وذلك هو الشرط الجزائى، إذ أن فى إمكان المتعاقدين أن يتفقا مقدما على تحديد مسئولية من يخل منهما بتنفيذ التزامه أو بتأخر فى هذا التنفيذ. وغالبا ما يدرج هذا الشرط فى بنود العقد عند إبرامه، أو فى اتفاق لاحق. ويلاحظ أن صحة الشرط الجزائى فى نطاق العلاقات التعاقدية لا يرقى إليها الشك لصراحة النصوص^(٢). بل إنه لا شك فيه فى القانون الفرنسى كذلك، حيث عرفه القانون الفرنسى وحدد آثاره فى المواد / ١١٥٢، ١٢٢٦، ١٢٣٣ منه، كما صرحت بصحته أيضا قانون التجارة الفرنسى فى المادة / ١٠٢ منه^(٣). ومن ثم لم يثر أى شك فى صحة الشرط الجزائى فى نطاق العلاقات التعاقدية فى القانون الفرنسى.

(١) د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ف٤٨، ص١١٧، م/ أنور العروسى، المرجع السابق، ص٦٨٩، د. عبد الوود يحيى، المرجع السابق، ف٢٧١، ص٤١٣.

(٢) م/ ٢٢٣، ٢٢٤، ٢٢٥ مننى مصرى.

(٣) مشار إلى هذه المواد : د. محمود جمال الدين زكى، مشكلات المسئولية المدنية، المرجع السابق، ج. ١٩٩٠، ٢، ف١٥٧، ص١٩٢.

وإذا كان الشرط الجزائي لاشك في صحته في كل من القانون
المصرى والفرنسى في ظل العلاقات التعاقدية، فإننا نتساءل عن
طبيعة هذا الشرط في نطاق العمل غير المشروع.

ويمكن القول بأن الإتفاق على الإعفاء من المسؤولية التقصيرية
أو على تحديد نطاقها، أمر قليل الوقوع في الحياة العملية، لكنه مع
ذلك محتمل الوقوع في حالات معينة. فهناك حالات يستطيع الإنسان
فيها أن يقرر مقدما من هم الأشخاص الذين يحتمل أن يصيبهم
نشاطه بضرر معين، فيتفق معهم على إعفائه من المسؤولية، أو
تحديد مقدار وكيفية التعويض الذى يلتزم به عند وقوع الضرر، كما
هو الحال بالنسبة لمضار الجوار، فليس هناك ما يمنع إنسانا يريد
إنشاء مصنع يقرر أنه سوف يسبب لجيرانه مضايقات تفوق
مضايقات الجوار المعتادة، فيتفق معهم على تحمل هذه المضايقات
 لقاء تعويض معين.

ومع أن هذا قليل الوقوع عملا، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من
الاتفاق عليه في ظل القانون الفرنسى والمصرى. فإذا كانت قواعد
المسؤولية متعلقة بالنظام العام فى القانون الفرنسى، إلا أن البعض
فى الفقه الفرنسى الحديث يرى صحة الاتفاق على الإعفاء من
المسؤولية التقصيرية فى حدود معينة، ويذهب بالأولى إلى صحة
الشرط للجزائى فى نفس الحدود. (١)

أما فى القانون المصرى فنجد أن الفقه والقضاء يذهبان إلى
تعلق قواعد المسؤولية التقصيرية بالنظام العام - كما فى القانون

(١) مشار إليه : د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ف١٦٦،
ص ٢٢٥ وما بعدها.

الفرنسي - ومن ثم يبطل أى اتفاق يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تخفيفها. ومع ذلك فإننا نرى أن القضاء ببطلان اتفاقات الإعفاء من المسؤولية التقصيرية أو تخفيفها لا يؤدي، حتماً، إلى بطلان للشرط الجزائي في كل الأحوال، لأن الذي يأباه القضاء المصري ويرى فيه مخالفة للنظام العام، أن يظل الفعل غير المشروع دون تعويض كامل، ويتحمل المضرور، تبعاً لذلك، كل أو بعض آثار خطأ المسئول، فلم يكن ثمة مانع أن يتم الاتفاق على شرط جزائي في ظل المسؤولية التقصيرية كتعويض، قد يزيد على قيمة الضرر الذي نجم عنه. (١)

ويبدو أن هذا الاتجاه هو الذي انتهجه المشرع المصري في ظل التقنين المدني الجديد، حيث ورد في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي له، اعتراف بصحة الشرط الجزائي في نطاق المسؤولية التقصيرية. وإن كان هذا الاعتراف، لوروده في إشارة عرضية وعابرة، يفهم بطريق التلميح لا التصريح. ومع ذلك ذهب البعض في الفقه إلى صحته متى كان جدياً. (٢)

وبناءً على ذلك فإنه ليس هناك ما يمنع من الاتفاق بين المضرور والمسئول على هذا الشرط في بنود العقد أو في اتفاق لاحق، سواء في ذلك للمسئولية العقدية أو للمسئولية التقصيرية ويكون مثل هذا الاتفاق قبل وقوع الإخلال بالالتزام.

(١) د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ج ٢، ف ١٦٧، ص ٢٢٧.

(٢) د. السهوري، أحكام الالتزام، المرجع السابق، ف ٤٧٧، ص ٨٥١، هامش (٢).

البيان: - أن يتم الاتفاق على التعويض بعد وقوع الضرر.
مثل هذا الاتفاق لا يسمى شرطاً جزائياً وإنما يكون صلحاً.
فإذا تم هذا الاتفاق بين الطرفين على أن يتوليا بأنفسهما طريقة التعويض الذى يستحقه المتضرر دون حاجة إلى القاضى، فإننا نكون هنا بصدد عقد صلح، لأن الغاية من هذا الاتفاق اللاحق على وقوع الضرر هو تقادى النزاع وقطع الخصومة بالتراضى بين الطرفين، ويخضع هذا الاتفاق للقواعد العامة فى الالتزامات الخاصة للواردة بشأن عقد الصلح.

ويترتب على ذلك أنه يجوز الصلح عن الأضرار التى تقع على المال أو النفس وثار بشأنها نزاع قائم أو يتوقىان به نزاع محتمل. (١)

ومن شأن هذا الاتفاق حسم النزاع مما يترتب عليه انقضاء الجقوق والإدعاءات التى نزل عنها أى من المتعاقدين نزولاً نهائياً. (٢)

وبناءً عليه فإننا نعتقد أن الاتفاق على التعويض العينى إذا ما وجد وكانت هناك مصلحة جدية باشرطه، وليس مَرهقاً للمسئول، فإنه شرط صحيح فى نطاق المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية، إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. مما يشكل قيداً جديداً على حرية للقاضى فى اختيار طريقة التعويض فى بعض الأحيان. حيث يمتلك القاضى - فى غيرها - سلطة اختيار الطريقة التى يراها أنسب من غيرها لجبر الضرر مسترشداً فى ذلك بطلبات

(١) انظر : م / ٥٤٩، ٥٥١ منى مصرى.

(٢) م / ٥٥٣ منى مصرى.

المضرور وظروف الأحوال، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة
النفق^(١). كما أن القاضى ليس ملزماً بالحكم بالتعويض العينى
ولكن يتعين عليه أن يقضى به إذا كان ممكناً، وطالب به المتضرر،
أو تقدم به المسئول^(٢). - كما ذكرنا آنفاً - إذ أن القضاء يمتلك
نظرة مختلفة للأشياء. ولذا فإن له حرية اختيار طريقة التعويض فى
الحدود التى ذكرناها.



-
- (١) د. سليمان مرقص، الوافى، المرجع السابق، ص ٥٢٩، د. إسماعيل غانم،
المرجع السابق، ف ٤٦، ص ١١١.
- (٢) د. السنهورى، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ف ٦٤٣، ص ١٣٥٤، د.
أنور سلطان، المرجع السابق ف ٤٤٩، ص ٣٨٠، د. محمد حسين
منصور، المرجع السابق، ص ٨١٨.

الخاتمة

بعد هذا العرض لفكرة التعويض العيني لا نريد تكرار ما سبق ، وإنما فقد نريد أن نركز على أبرز ما توصلنا إليه ، وما نراه من توصيات، وذلك على النحو التالي :-
أولاً :- النتائج :-

١- التعويض العيني ما هو إلا إعادة للحالة التي كان عليها الشئ قبل حدوث الضرر ، وذلك بإزالة المخالفة عينا ومنع استمراره مستقبلا . وهو بهذا المعنى أكثر ملاءمة لطبيعة الضرر من التعويض النقدي .

٢- لابد من التفرقة بين التعويض العيني وغيره من الأفكار المشابهة ، خاصة فكرة التنفيذ العيني ، لوجود خلط كبير بينهما . إلا أن التفرقة - هذه - لها أهميتها باعتبار أن التعويض العيني إنما يكون بعد حدوث الضرر ، في حين لا يكون التنفيذ العيني إلا أثناء سريان تنفيذ الالتزام التعاقدى . وهذا ما يجعل التنفيذ العيني مقصورا في نطاق المسؤولية العقدية دون التقصيرية ، في حين نجد أن التعويض العيني يجد مجال إعماله في كل من المسئوليتين

٣- فكرة التعويض العيني تسمح بنوعين من التعويض ، ففي حالة التعويض العيني عن الضرر الحاصل يسمح للقاضى أن يحكم معه بتعويض نقدي إضافي للتعويض عن المدة بين الإخلال والتعويض . في حين لا يجوز الجمع بين نوعين من التعويض إذا كان التعويض نقديا .

٤- التعويض العيني قد ينصب على عين الشئ التالف أو الهالك وذلك بإصلاحه أو رد مثله ، وقد يرد التعويض العيني على

شئ آخر غير عين هذا الشئ ، كما فى حالة الحكم بنشر الحكم الصادر ببراءة المتهم فى قضية السب والقذف ، فهو تعويض أو ترضية للمضرور بشئ مخالف لمصدر الضرر .

٥- التعويض العينى يجد مجال إعماله فى كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية على حد سواء ، إذ لا يوجد نص يمنع من الحكم بالتعويض العينى فى كل منهما ، وإن كان فى كل منهما بصورة متفاوتة ، كما أنه يجوز الحكم بتعويض عينى فى كل من الأضرار المادية والأضرار الألبية، وهو ما يعد عنه بترضية المضرور معنويا . ولهذا فإن التعويض العينى قد يأخذ صورة التعويض للمادى وقد يأخذ صورة التعويض المعنوى (الترضية النفسية للمضرور) .

٦- يستطيع التعويض العينى - باعتباره الطريقة المثلى للتعويض - أن يرفع الغبن الذى قد يتعرض له المضرور نتيجة الحكم له بتعويض نقدي لا يزيد عن السعر المقرر قانونا فى حالة التسعير الجبرى . مما يجعل التعويض العينى - حينئذ - أكثر ملائمة لجبر الضرر ، وأنفع للمضرور .

٧- القاضى هو الأكثر على تحديد طريقة التعويض المناسب لجبر الضرر ، وله حرية فى اختيار هذه الطريقة بمقتضى سلطته التقديرية فى القضايا المطروحة . وهو فى هذا الاختيار يستلهم المصلحة العامة من أجل التوازن بين مصالح الأطراف .

٨- قد يكون فى طلب المضرور التعويض العينى ، أو عرضه من المسئول ، أو الاتفاق عليه من قبلهما حدا من سلطة القاضى التقديرية وحرية فى اختيار طريقة التعويض ، وذلك فى

بعض الفروض ، وهى قليلة ما ، إذ الأصل حرية القاضى فى اختيار طريقة التعويض ، ما لم يوجد قيد يحد من حريته هذه .

٩- أخيرا نجد أن التعويض العينى ، باعتباره يمثل إعادة الحال إلى ما كان عليه ، يختلف عن العقوبة المفروضة على المدين - باعتبار أن التعويض العينى إصلاح قد يأتيه المدين وقد يأتي به شخص آخر غيره ، فى حين نجد أن العقوبة تنسم بالشخصية ومن ثم لا يصح إتيانها إلا من المدين .

ثانياً :- التوصيات :-

من أهم توصياتى بعد عرض هذه الفكرة ، وما يحيط بها من غموض وقصور تشريعى كبير ، إذ أن المشرع لم يتناولها إلا على استحياء فى فقرة واحدة من مادة واحدة من مواد القانون المدنى ، لذا فإننى أوصى بتبنى موقفا تشريعيا يتسم بالوضوح والشمول لطرق التعويض عموما ، والعينى منه خصوصا ، وذلك لإيضاح شروطه ومجال إعماله وتحديد تحديدا دقيقا ، يجعله فكرة قانونية متكاملة ، يمكن للباحث والفقهاء ، فضلا عن القاضى ، الرجوع إليها كلما عن له الأمر بهذا الخصوص .

كما أوصى الفقهاء بضرورة شرح هذه الفكرة لبيان مضمونها وأحكامها بما يجعل لها خصوصية يرتكز عليها القاضى فى عملية التطبيق على القضايا المطروحة عليه . فإذا ما تدخل المشرع بوضع نصوص قانونية تحدد مضمون هذه الفكرة ونطاقها وسلطة القاضى إزاءها ، ثم قام للفقهاء بشرح هذه النصوص لإيضاح مفهوم هذه الفكرة ، لوجدنا التطبيق القضائى لها يتسم بالوضوح ، فيكون حكم القاضى فيها أقرب إلى العدالة ، وأنسب لتعويض المضرور .

وأخيرا أدعو الباحثين إلى ضرورة الإسراع بالبحث في هذه
الفكرة ، حيث أن ما كتب فيها فقير جدا بالنسبة لأهميتها ، فضلا
عن أن ما وجد فيها من كتابات ما هي إلا قواعد عامة ، في حاجة
ملحة إلى البحث من خلالها وتفصيل القول فيها تفصيلا . وهذه لبنة
على الطريق قد تثير للباحثين طريقهم نحو الغوص في أعماق هذه
الفكرة - والله ولي التوفيق .



مراجع البحث

أولاً :- المراجع الشرعية :-

- ١- القرآن الكريم.
- ٢- الإسلام عقيدة وشريعة، د. محمود شلتوت، دار الشروق بالقاهرة، ط١٤، ١٩٩٧م.
- ٣- إعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، مطبعة السعادة بمصر، ج٢، ط١، ١٣٧٤هـ - ١٩٥٥م.
- ٤- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، للكاساني، ط١، ج٧، القاهرة، بدون.
- ٥- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، للقاضي برهان الدين المالكي، ج٢، بدون.
- ٦- تفسير القرآن العظيم، للإمام ابن كثير، المجلد الأول، مؤسسة الريان، ج٢، ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م.
- ٧- شرح المجلة، لسليم رستم باز، الكتاب الأول، ج٣، دار الكتب العلمية.
- ٨- صحيح البخاري، للإمام البخاري، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٥م.
- ٩- الضمان في الفقه الإسلامي، د. علي الخفيف، دار الفكر العربي، ١٩٩٧م.
- ١٠- الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي، دار الفكر، ١٩٩٦م.
- ١١- المحلى لابن حزم الظاهري، المكتب التجاري للطبع والنشر، بيروت، بدون.
- ١٢- المدونة الكبرى، للإمام مالك ابن أنس، ج٦، دار صادر، بيروت، ١٣٢٣هـ.

- ١٣- المغنى لابن قدامى، ج٥، دار الكتاب العربى للنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٣م.
- ١٤- منهاج الصالحين فى المعاملات للسيد أبو القاسم الموسوي، ج٢، مطبعة النعمان، ١٣٩٧هـ.
- ١٥- نظرية الضمان فى الفقه الإسلامى، د. محمد فوزى فيض الله، مكتبة دار التراث، ١٩٨٦م.

ثانياً :- المراجع القانونية :-

(أ) الكتب والمؤلفات :-

- ١- أحمد حسن الحمادى، الحق فى التعويض ومدى انتقاله للخلف العام، مطبعة دار الثقافة بقطر، ١٩٩٥م.
- ٢- أحمد سلامة، مذكرات فى نظرية الالتزام، الكتاب الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة عين شمس، بدون.
- ٣- أحمد محمود السعد، السلطة التقديرية للقاضى المدنى، ماهيتها وضوابطها وتطبيقاتها، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٨٨م.
- ٤- إسماعيل غانم، فى النظرية العامة للالتزام، ج٢، أحكام الالتزام والإثبات، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٩٧م.
- ٥- إدوارد غالى، اختصاص القضاء الجنائى بالفصل فى الدعوى المدنية، ط١، للمعرفة، ١٩٦٤م.
- ٦- أنور سلطان، الموجز فى مصادر الالتزام، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥م.
- ٧- أنور العمروسى، التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل، ج١، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٨٣م.

- ٨- جلال العدوى، أصول الالتزامات، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٩٧م.
- ٩- جميل الشراوى، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٨١م.
- ١٠- حسام الدين الأهوانى، المشاكل القانونية التى تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٨٥م.
- ١١- حمدى عبد الرحمن :-
- الوسيط فى النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، ط١، دار النهضة العربية، ١٩٩٩م.
- معصومية الجسد، دراسة فى المشكلات القانونية للمساس بالجسد، مطبعة جامعة عين شمس ١٩٩٩م.
- ١٢- خميس خضر، العقود المدنية للكبيرة، ط٢، دار النهضة العربية ١٩٨٤م.
- ١٣- رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣م.
- ١٤- سليمان مرقص :-
- المسؤولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية، القسم الأول، مطبعة الجبلوى ١٩٧١م.
- الوافى فى شرح القانون المدنى، ج٢، الفعل الضار والمسؤولية المدنية، القسم الأول فى الأحكام العامة، ج٥، مطبعة السلام ١٩٨٨م.
- ١٥- شوقى عمر أبو خطوة، القانون الجنائى والطب الحديث، دراسة تحليلية مقارنة لمشروعية نقل وزرع الأعضاء البشرية، ط٢، مطبعة جامعة المنصورة ١٩٩٤م.

- ١٦- طلبه وهبة خطاب، أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون، دار الفكر العربي ١٩٨٣م.
- ١٧- عاطف النقيب، النظرية العامة للمسئولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطأ والضرر، ط١، بيروت، ١٩٨٣ م.
- ١٨- عبد الحميد إسماعيل الأنصاري، ضوابط نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الشريعة والتشريعات العربية، ط١، دار الفكر العربي ٢٠٠٠م.
- ١٩- عبد الحميد الشواربي وعز الدين الديتاوصوري، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء، للقاهرة ١٩٨٨م.
- ٢٠- عبد الحى حجازى :-
- النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، ١٩٥٣م.
 - النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٥٤م.
- ٢١- عبد الرزاق السنهورى :-
- مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، دراسة مقارنة بالفقه الغربى، دار الفكر العربى، المجلد الأول ، ج٣ - ١٩٥٣، ١٩٥٤م.
 - الوسيط فى شرح القانون المدنى، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٨١م.
 - الوسيط فى شرح القانون المدنى، آثار الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٨٢م.
 - الوسيط فى شرح القانون المدنى، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، ١٩٨٩م.

- ٢٢- عبد الحميد الحكيم :-
 - الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى، ج١، مصادر
 الالتزام، ط٥، ١٩٧٧م.
 - الموجز فى شرح القانون المدنى العراقى، ج٢، أحكام
 الالتزام، ط٣، ١٩٧٧م.
 ٢٣- عبد المنعم فرج الصرة :-
 - مصادر الالتزام، دراسة فى القانون اللبنانى والقانون
 المصرى، دار النهضة العربية ١٩٧١م.
 - نظرية الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٧٨م.
 ٢٤- عبد الودود يحيى، الموجز فى النظرية العامة للالتزامات،
 دار النهضة العربية ١٩٩٤م.
 ٢٥- على حسين نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مصادر
 الالتزام، دار الثقافة العربية، ط٢، ٢٠٠١م.
 ٢٦- محمد إبراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ
 والضرر، مؤسسة الثقافة الجامعية ١٩٧٢م.
 ٢٧- محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادى
 والأدبى والمورث، منشأة المعارف بالإسكندرية ١٩٩٥م.
 ٢٨- محمد حسين عبد العال، تقدير التعويض عن الضرر
 المتغير، دار النهضة العربية ٢٠٠٠م.
 ٢٩- محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر
 الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٦م.
 ٣٠- محمد سعد خليفة، الحق فى الحياة وسلامة الجسد، دار
 النهضة العربية ١٩٩٥ / ١٩٩٦م.

- ٣١- محمود جمال الدين زكى :-
 - مشكلات المسؤولية المدنية، ج١، فى ازواج أو وحدة
 المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة
 ١٩٧٨م.
 - مشكلات المسؤولية المدنية، ج٢، فى الاتفاقات المتعلقة
 بالمسؤولية، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠م.
 ٣٢- محمود عبد الرحمن محمد، النظرية العامة للالتزامات،
 ج٢، أحكام الالتزام، ط٢، دار النهضة العربية ١٩٩٩م.
 ٣٣- محمود عبد الرحيم الديب، الوجيز فى مصادر الالتزام،
 ج١، العقد والإرادة المنفردة، ١٩٩٨م.
 ٣٤- مصطفى الجمال، النظرية العامة للالتزامات، الدار
 الجامعية ١٩٨٧م.
 ٣٥- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر
 الالتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤م.
 ٣٦- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضى التقديرية فى المواد
 المدنية والتجارية، ط١، منشأة المعارف بالإسكندرية
 ١٩٨٤م.
 ٣٧- نصير صبار لفقة، التعويض العينى ، دراسة مقارنة ،
 رسالة ماجستير فى القانون ، جامعة النهريين ، ١٤٢٣هـ -
 ٢٠٠١م.

(ب) أبحاث منشورة :-

- ١- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التقدير القضائى للتعويض، بحث
 منشور بمجلة المحامى الكويتية، السنة ٨، العدد الثانى
 ١٩٨٥م.

٢- محمد صبرى الجندي، ضمان الضرر المعنوي الناتج عن فعل ضار، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد ٢٦، جامعة اليرموك بالأردن، ١٩٩٩م.

(ج) مجموعات ودوريات :-

- ١- مجموعة أحكام النقص المدني.
- ٢- مجموعة أحكام النقص الجنائي.
- ٣- مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢.
- ٤- مجلة القضاء.

فهرس الموضوعات

الصفحة	الموضوع
٣	المقدمة
٩	التمهيد
١١	المبحث الأول: ماهية التعويض العيني
١٣	المطلب الأول: تعريف التعويض العيني
٢٤	المطلب الثاني: تمييز التعويض العيني عما يشبه به
٢٦	الفرع الأول: التعويض العيني والتقييد العيني
٣٣	الفرع الثاني: التعويض العيني والتعويض غير التقدي
٣٩	المبحث الثاني: أنواع التعويض العيني
٣٩	المطلب الأول: التعويض العيني المادي
٤٠	الفرع الأول: أحكام المسؤولية الموجبة للتعويض العيني المادي
٤٦	الفرع الثاني: التعويض العيني والضرر الجسدى
٥١	المطلب الثاني: التعويض العيني المعنوى
٦٣	المبحث الثالث: نطاق التعويض العيني
٦٦	المطلب الأول: نطاق التعويض العيني في المسؤولية العقدية
٦٦	أولاً: التعويض العيني في المسؤولية العقدية في القانون الفرنسى

٧٠	ثانياً : التعويض العيني في المنولية العقنية في القانون المصري
٧٥	المطلب الثاني: نطاق التعويض العيني في المنولية التصيرية
٨٥	المبحث الرابع: سلطة القاضي إزاء التعويض العيني ...
٨٦	المطلب الأول: مضمون السلطة التقديرية للقاضي
٩١	المطلب الثاني: مدى حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض
٩١	أولاً: حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض
٩٥	ثانياً: القيود التي ترد على حرية القاضي في اختيار طريقة التعويض
١٠٩	الخاتمة
١١٣	مراجع البحث
١١٩	الفهرست

٢٠١٢/١٤٤٧٣	رقم الإيداع
I.S.B.N	الترقيم الدولي
978-977-6410-04-6	



دار الجامعة الجديدة للنشر

٣٨ شارع سوثير - الأزاريطة الإلكترونية : ٤٨٦٣٦٢٩ - ٩٩ ٨٦٨

E-mail : darelgamaaeljadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com

التعويض العيني

تجبر ضرر المضرور
دراسة مقارنة



دار الجامعة الجديدة

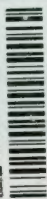
الدكتور
محمود عبد الرحيم الديب
استاذ القانون المدني
جامعة الأزهر

التعويض العيني تجبر ضرر المضرور

محمود عبد الرحيم الديب

دار الجامعة الجديدة

Bibliotheca Alexandrina



1212680



دار الجامعة الجديدة

٢٨-٤٠ ش سوتير - الأرايطة - الاسكندرية

تليفون: ٤٨٦٣٦٢٩ - فاكس: ٤٨٥١١٤٣ - تليفاكس: ٤٨٦٨٠٩٩

Email dargamaaelgadida@hotmail.com

www.darggalex.com info@darggalex.com